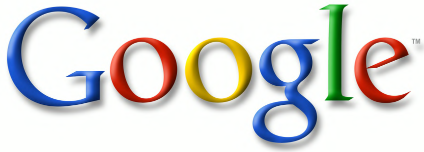
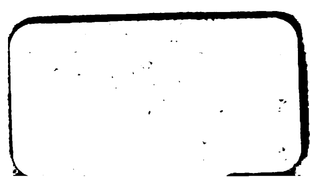



HDI
HL 1RWL R


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG·
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



PRINTED IN RUSSIA.

ГРАЖДАНСКІЯ ОГРАНИЧЕНІЯ

ЖЕЛѢЗНОДОРОЖНЫХЪ ПРЕДПРІЯТІЙ.

ГРАЖДАНСКІЯ ОГРАНИЧЕНІЯ
ЖЕЛѢЗНОДОРОЖНЫХЪ ПРЕДПРІЯТІЙ.

ЧАСТЬ ВТОРАЯ

КОНЦЕССІЯ

ЖЕЛѢЗНОДОРОЖНАГО ПРАВА.

ОПЫТЪ ИЗСЛѢДОВАНІЯ

Александра Борзенко.

КОНЦЕССІЯ

ЖЕЛѢЗНОДОРОЖНАГО ПРАВА.

ОПЫТЪ

СРАВНИТЕЛЬНО-ЗАКОНОДАТЕЛЬНАГО ИЗСЛѢДОВАНІЯ

Александра Борзенко.

МОСКВА.
Товарищество „Печатня С. П. Яковлева". Петровка, Салтыковскій пер., д. № 9-й.
1883.

Печатано по опредѣленію совѣта Демидовскаго Юридическаго Лицея.

Директоръ *М. Капустинъ.*

Изданіе Демидовскаго Юридическаго Лицея.

Профессору Гэндскаго Университета

Ф. ЛОРАНУ.

A Monsieur le professeur à l'Université de Gand

F. LAURENT

hommage de respect et d'admiration.

Содержаніе.

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЯ ЗАМѢЧАНІЯ.

„Une nouvelle propriété s'est formée, celle des voies concedées: le contrat de concession est mille fois plus important que le prêt de consommation, le prêt à usage et le dépôt, dont le code traite assez longuement".

F. Laurent, avant-projet de révision du code civil, Bruxelles, 1882, lettre à monsieur le ministre de la justice, § 5.

Исключительное положеніе, созданное источниками желѣзнодорожнаго права въ большинствѣ европейскихъ государствъ и въ сѣверо-американскихъ соединенныхъ штатахъ для рельсовыхъ путей, породило богатую научную литературу, посвященную на уясненіе того значенія, которое паровозныя линіи имѣютъ въ правѣ гражданскомъ. Спеціальныя изслѣдованія о «желѣзнодорожномъ правѣ» стали возможны съ того времени, когда сложились отдѣльныя законодательныя постановленія, опредѣляющія положеніе въ правѣ рельсовыхъ путей. До того научныя изслѣдованія, разсматривая новое явленіе, обращались къ понятіямъ, выработаннымъ общей теоріей гражданскаго права, для объясненія существа правъ государства и концессіонеровъ на пути, предназначенные для удовлетворенія общественной потребности въ передвиженіи пассажировъ и грузовъ. Такимъ образомъ научныя работы относительно юридическаго значенія желѣзныхъ дорогъ распадаются на двѣ обширныя группы. Одну

изъ нихъ образуютъ теоріи тѣхъ писателей, которые, не обращаясь къ изученію спеціальныхъ источниковъ желѣзнодорожнаго права, подводятъ положеніе, занимаемое въ правѣ гражданскомъ рельсовыми путями, къ институтамъ, выработаннымъ наукою общаго гражданскаго права. Сюда принадлежатъ ученія *Делало*, принимавшаго, что концессіонеръ имѣетъ на концедированный путь узуфруктъ,—*Прудона*, видѣвшаго здѣсь прекарное отношеніе,—*Дернбурга*, примѣнявшаго сюда институтъ «supirficies»,—наконецъ *Ваппеуса*, допускавшаго право собственности государства или концессіонера на желѣзную дорогу, открытую для общественнаго пользованія, ограничивающаго эту собственность своимъ «onus publicum». Заслуга этой группы писателей состоитъ въ томъ, что они указали на вещный, вотчинный характеръ права государства или концессіонера на желѣзныя дороги, хотя въ ближайшемъ опредѣленіи понятія этого права они, не имѣя возможности отрѣшиться отъ установившихся въ наукѣ гражданскаго права институтовъ вещнаго права, колебались въ выборѣ болѣе соотвѣтствующаго института для изучаемыхъ ими отношеній и примѣняли къ нимъ почти всѣ виды вещныхъ правъ.

Новый матеріалъ для объясненія того положенія, которое занимаютъ въ правѣ гражданскомъ желѣзныя дороги, даютъ тѣ спеціальные источники «желѣзнодорожнаго права», которые появляются сначала въ Англіи въ формѣ «парламентскихъ актовъ», затѣмъ во Франціи въ видѣ «тетради ограниченій» (cahier des charges), далѣе—въ Германіи, Швейцаріи и Австріи издаются особые «законы» и «регламенты», нормирующіе «вещное и обязательное право» желѣзныхъ дорогъ. Научная разработка на западѣ Европы не отстаетъ отъ законодательныхъ опредѣленій столь важнаго явленія, какъ рельсовые пути; она обращается къ со-

биранію новаго матеріала, даваемаго развивающимся законодательствомъ и судебной практикой, затѣмъ переходитъ къ критическому его разбору и наконецъ появляются попытки построенія особаго права, установленнаго по отношенію къ желѣзнымъ дорогамъ.

Въ Англіи составляются обширные сборники «желѣзнодорожныхъ законовъ» (railway law), среди которыхъ обращаютъ на себя вниманіе два собранія,—одно, изданное въ концѣ шестидесятыхъ годовъ *Шельфордомъ*, и новый сборникъ, изданный въ прошломъ 1881-мъ году, составленный двумя лицами, *Броуномъ* и *Теіобальдомъ*. Теоритическую разработку накопившагося законодательнаго матеріала и рѣшеній судовъ предпринялъ *Годжесъ*, обширный трудъ котораго выдерживаетъ шесть изданій.—Въ Америкѣ появляются пространныя изслѣдованія о желѣзнодорожныхъ законахъ *Редфильда* и *Пирса*.

Позднѣе Англіи и Америки развивается литература желѣзнодорожнаго права на континентѣ Европы. Во Франціи поводомъ для научной разработки юридическаго значенія рельсовыхъ путей послужило составленіе въ концѣ пятидесятыхъ годовъ такъ называемой «тетради ограниченій», содержащей въ себѣ основныя положенія для желѣзнодорожныхъ концессій. *Пала* издаетъ въ видѣ лексикона громадный сборникъ законовъ, административныхъ распоряженій и судебныхъ рѣшеній, относящихся къ рельсовымъ путямъ. Появляются монографическія изслѣдованія объ юридической природѣ концессіи, куда мы отнесемъ труды *Бланша*, *Дюмэ*, *Каррарда*. Ученіе о «концедированныхъ путяхъ» вводится въ общіе курсы гражданскаго права, напр. у *Лорана* въ его «principes de droit civil», томъ VI-й. Договоры перевозки пассажировъ и грузовъ составляютъ предметъ обширныхъ монографій *Диверди*, *Бедаррида*, *Жакмена*.

Въ Германіи введеніе въ началѣ шестидесятыхъ годовъ въ дѣйствіе «общаго торговаго уложенія», содержащаго специальныя постановленія о перевозкѣ по желѣзнымъ дорогамъ,—чего нѣтъ во французскомъ гражданскомъ ни въ торговыхъ кодексахъ,—порождаетъ обширные комментаріи *Гана*, *Пухельта*, а также отдѣльныя монографическія изслѣдованія, включающія въ свое разсмотрѣніе германскіе «Bahnbetriebs» и «Bahnpolizei—Reglement» 1874-го года, выдающееся мѣсто среди которыхъ принадлежитъ изслѣдованію гетингенскаго профессора *Тэля*. Вещный моментъ относительно желѣзныхъ дорогъ настойчиво указывается *Ауэрбахомъ* и подтверждается германскимъ законопроектомъ о залогѣ рельсовыхъ путей *).

Въ Швейцаріи законъ о залогѣ желѣзныхъ дорогъ 1874 года изучается въ обширной монографіи *Мейли*, разсматривающаго залогъ рельсовыхъ путей на основаніи сравнительно-законодательнаго изслѣдованія дѣйствующихъ, относительно этого института, узаконеній въ Австріи, Англіи, Германіи. Ученіе объ юридической природѣ концессіи породило въ Швейцаріи обширную литературу, обогащенную трудами *Рюттимана, Гейслера, Гильти, Іеринга, Рено*.

Въ Австріи извѣстный писатель *Лоренцъ Штейнъ* указываетъ на образованіе новаго отдѣла въ правовѣдѣніи и издаетъ монографію «zur Eisenbahnrechtsbildung». На основаніи обнародованнаго въ Австріи закона о «желѣзнодорожныхъ книгахъ» 1874-го года *Лоренцъ Штейнъ* указываетъ на моменты вещнаго права, сложившіеся относительно рельсовыхъ путей.

Болѣе точную формулировку того вещнаго права, которое создано источниками желѣзнодорожнаго права, даютъ

*) Ein Gesetz betr. d. Pfandrecht an Eisebnahnen, m. Motiven, Drucks, d. Reichstages, 1880.

труды *Дюмэ, Пирса* и *Лорана.* Дюмэ допускаетъ за концессіонеромъ право собственности на концедированный ему рельсовый путь во все время продленія концессіи. Пирсъ отмѣчаетъ тѣ уклоненія отъ установившагося въ наукѣ гражданскаго права понятія о собственности, которыя подчиняютъ вещное право на желѣзныя дороги ряду ограниченій въ интересѣ общественнаго пользованія, которому онѣ открыты,—и называетъ эту собственность «квалифицированной». Еще далѣе идетъ Лоранъ. Онъ думаетъ что не одно только общественное пользованіе, которому открыты рельсовые пути, создаетъ особое ихъ положеніе въ правѣ, но, исходя изъ идеи о томъ, что желѣзныя дороги подчинены съ самаго момента выдачи концессіи праву государства, онъ приходитъ къ тому положенію, что «концедированные пути» состоятъ въ «двойственной собственности» (double propriété) государства и концессіонера.

Отсюда вытекаютъ весьма важныя послѣдствія, объясняющія тѣ особенности, которыя созданы источниками желѣзнодорожнаго права для рельсовыхъ путей. Концессіонеръ, какъ собственникъ «концедированнаго пути», имѣетъ право размежевать «желѣзнодорожную землю» (railway land англійскихъ статутовъ) отъ смежныхъ съ ней участковъ, онъ въ правѣ предъявлять поссессорные иски для охраны своего владѣнія отъ посторонняго нарушенія, онъ можетъ обременять рельсовый путь и установлять въ его пользу сервитуты, отдавать его въ залогъ, наконецъ предъявлять виндикаціонные иски относительно отдѣльныхъ предметовъ, входящихъ въ составы желѣзной дороги, которые находятся въ незаконномъ обладаніи третьихъ лицъ.—Государство, какъ собственникъ имъ концедированнаго пути, до истеченія срока концессіи имѣетъ всѣ управомочія, даваемыя правомъ собственности, ограниченныя однако уступленнымъ имъ концессіонеру правомъ на желѣзную дорогу. Прекра-

щеніе концессіи не переноситъ на государство правъ концессіонера, которыя, какъ погашенныя, не могутъ быть переданы, но оно уничтожаетъ тѣ ограниченія права собственности государства, которыя вытекали изъ уступокъ, имъ сдѣланныхъ концессіонеру. Признаніе за государствомъ и концессіонеромъ права собственности на паровозныя линіи имѣетъ еще то важное финансовое послѣдствіе, что желѣзныя дороги, какъ предметъ права собственности, подлежатъ обложенію налогами,—государственными и мѣстными, до тѣхъ поръ, пока онѣ состоятъ въ эксплоатаціи концессіонеровъ,— одними мѣстными, когда онѣ переходятъ къ государству.

Право собственности государства и концессіонеровъ на рельсовые пути не исключаетъ того общественнаго пользованія, которому они предназначены служить, напротивъ послѣднее подчиняетъ это право ряду ограниченій въ распоряженіи его предметомъ—желѣзными дорогами.

Всѣ указанные здѣсь моменты права собственности государства и концессіонеровъ на рельсовые пути, а также значеніе usus publicus, которому онѣ постоянно открыты, находятъ свое признаніе въ практикѣ судовъ Англіи, Франціи, Германіи и Швейцаріи, на которую мы обращаемъ вниманіе въ предлагаемомъ изслѣдованіи.

Въ законодательныхъ памятникахъ, нормирующихъ положеніе желѣзныхъ дорогъ, неодинаково оттѣняются отмѣченные здѣсь элементы права на рельсовые пути.

Въ желѣзнодорожномъ правѣ Франціи преобладаетъ общественное назначеніе рельсовыхъ путей. Ст. 1-ая закона 15-го іюля 1845 года прямо относитъ ихъ къ государственнымъ путямъ сообщенія. Въ Германіи и Австріи указывается на право собственности концессіонера относительно «концедированныхъ путей». Напомнимъ здѣсь прусскій законъ объ экспропріаціи 11-го іюня 1874 года, содержащій спеціальныя постановленія объ «экспропріаціи желѣзно-

дорожной», гдѣ признается право собственности экспропріанта на принудительно отчужденные имъ участки земли подъ рельсовый путь. «Желѣзнодорожныя книги», введенныя въ Австріи закономъ 1874 году, служатъ для отмѣтокъ, кому принадлежитъ право собственности на желѣзнодорожную линію. Но признавая за концессіонеромъ право собственности относительно «концедированнаго пути», законодательства Германіи и Австріи подчиняютъ это право тѣмъ ограниченіямъ которыя вытекаютъ изъ общественнаго пользованія, которому открыты желѣзныя дороги. Подобное же построеніе отношеній къ рельсовымъ путямъ концессіонеровъ и общественнаго ими пользованія даютъ источники желѣзнодорожнаго права Англіи и Швейцаріи.

«Желѣзныя дороги предназначены перейдти къ государству» говоритъ французскій изслѣдователь юридическаго значенія концессій—*Дюмэ*. Государство и до перехода къ нему концедированныхъ путей имѣетъ относительно ихъ право собственности, доканчиваетъ эту мысль *Лоранъ*. Отсюда вытекаютъ два вывода. Во-первыхъ, государство, проявляя на основаніи признаваемаго за нимъ въ источникахъ желѣзнодорожнаго права свое право выкупа концедированныхъ имъ рельсовыхъ путей, совершаетъ не актъ экспропріаціи, для понятія которой необходимо чтобы принудительное отчужденіе совершалось на основаніи общей пользы, здѣсь же выкупаемый путь состоитъ уже въ общественномъ пользованіи и переходъ его къ государству ничего не измѣняетъ въ этомъ пользованіи. Поэтому право выкупа желѣзныхъ дорогъ государствомъ есть только односторонняя отмѣна со стороны собственника уступленныхъ имъ правъ концессіонеру, которому причитается извѣстное вознагражденіе за тѣ ограниченія своего права собственности, которыя слагаетъ съ себя государство.

Во-вторыхъ, при переходѣ концедированнаго пути къ

государству по истеченіи срока выданной имъ концессіи, оно не обязано вознаграждать концессіонера за сдѣланныя имъ улучшенія въ уступленной ему паровозной линіи. Такое положеніе, содержащееся въ французской «тетради ограниченій», объясняется тѣмъ вещнымъ правомъ, которое принадлежитъ государству на концедированную имъ желѣзную дорогу еще до прекращенія времени дѣйствія концессіи. Подобно тому какъ прекаристъ не въ правѣ требовать вознагражденія отъ собственника, отмѣняющаго сдѣланную имъ прекарную уступку, точно также и концессіонеръ относительно собственника—государства ограниченъ въ своемъ правѣ на возмѣщеніе понесенныхъ имъ расходовъ на улучшеніе въ рельсовомъ пути. Мы не думаемъ отождествлять положеніе концессіонера современнаго права съ прекаристомъ римскаго права, но приведенная аналогія свидѣтельствуетъ въ пользу допущенія за государствомъ права собственности на концедированный имъ путь во время дѣйствія выданной имъ концессіи.

Право собственности государства и концессіонера, предоставленная имъ «мѣра свободы въ общежитіи» *) относительно желѣзныхъ дорогъ ограничиваются общественнымъ пользованіемъ, которому призваны служить паровозныя линіи. Въ виду общественаго назначенія «концедированныхъ путей» государство проявляетъ свой контроль надъ тѣми актами, которые совершаютъ концессіонеры, примѣняя содержащееся въ ихъ правѣ собственности право распоряженія и управленія. Ограждая общественное пользованіе рельсовыми путями, англійское статутарное право не дозволяетъ залогодержателямъ концедированныхъ путей обращать взысканіе на подвижной составъ желѣзныхъ дорогъ и подвергать его

*) *С. В. Пахманъ*, „Современное движеніе въ наукѣ права“, стр. 23. Спб. 1882. *Его-же,* „о значеніи личности въ области гражданскаго права“, стр. 10. Спб. 1883.

аресту, а въ Швейцаріи принудительное удовлетвореніе вѣрителей концессіонеровъ допускается только послѣ объявленія несостоятельности послѣднихъ.

Конечно не всѣ положенія, выработанныя источниками желѣзнодорожнаго права, соотвѣтствуютъ развиваемому здѣсь понятію тѣхъ отношеній, въ которыхъ, взаимно ограничиваясь, стоятъ государство, концессіонеры и общественное пользованіе концедированными путями. Нигдѣ не признано положеніе, выставляемое гэндскимъ профессоромъ *Лораномъ* о правѣ «двойной собственности» на концедированные пути, но его мысль тѣмъ не менѣе не утрачиваетъ значеніе руководящаго положенія, къ проведенію котораго въ наукѣ права и законодательствѣ слѣдуетъ стремиться, хотя бы даже оно вполнѣ и не было достигнуто. «Только отпечатокъ правоваго идеала опредѣленнаго времени носитъ на себѣ каждое общественное учрежденіе» *). Отмѣченное положеніе Лорана до сихъ поръ остается въ значеніи такого идеала, котораго «отпечатокъ» призванъ онъ совершить въ законодательствѣ своего отечества, Бельгіи, выполняя возложенное на него порученіе составить пересмотръ дѣйствующаго тамъ французскаго гражданскаго кодекса. Лоранъ уже издалъ первый томъ своей громадной законодательной работы и здѣсь въ приложенномъ къ «Avant-projet de révision du code civil» письмѣ къ бельгійскому министру юстиціи указываетъ на пробѣлъ кодекса, не содержащаго никакихъ положеній объ «актѣ концессіи»., — и свидѣтельствуетъ вмѣстѣ съ тѣмъ о томъ, что «une nouvelle propriété s'est formée: celle des voies concedées». «Отпечатокъ» этой «новой собственности» должно ожидать въ новомъ гражданскомъ кодексѣ для Бельгіи, подобно тому, какъ она нашла

---

*) *Д. Азаревичъ*, Рудольфъ фонъ—Іерингъ. въ Ж. Гр. и Уг. права, 1882. декабрь, стр. 105.

свое мѣсто въ обширномъ трудѣ о «принципахъ гражданскаго права» Лорана.

Новая идея, вносимая въ науку гражданскаго права Лораномъ для объясненія положенія въ правѣ «концедированныхъ путей»,—легла въ основу настоящаго «опыта сравнительно—законодательнаго изслѣдованія концессій желѣзнодорожнаго права». Какъ дань великому учоному рѣшились мы посвятить его имени нашъ посильный трудъ, поддерживаемые его указаніями и руководствомъ въ выполненіи задачи, важность и трудность которой превышаетъ наши слабыя силы, колебавшіяся отъ обширности и противорѣчивости того матеріала, къ изученію котораго предстояло обратиться *). Для объясненія нашей рѣшимости приняться за дѣло, которое ожидаетъ новыхъ, болѣе одаренныхъ и вооруженныхъ бо́льшими свѣдѣніями изслѣдователей, мы укажемъ на то, что въ русской научной литературѣ ничего до сихъ поръ не сдѣлано относительно изученія «желѣзнодорожнаго права». Самый этотъ терминъ непривыченъ для русскаго читателя. Мы допускаемъ даже возможность возраженія противъ существованія особой отрасли правовѣдѣнія о «желѣзнодорожномъ правѣ», какъ будто здѣсь все не подлежитъ исключительно вѣдомству власти административной, а сами рельсовые пути не суть-ли они «res extra commercium», относительно которыхъ имѣетъ мѣсто одно лишь «общественное пользованіе»? Но противъ подобныхъ возра-

---

*) Приведу нѣсколько строкъ изъ письма, написаннаго мнѣ Ф. Лораномъ 10-го декабря 1882 года.

Mon cher et honoré collégue

Je suis très sensible à l'honnenr que vous me faites de me dedier votre ouvrage: j'en agrée volontier l'hommage; heureux surtout d'apprendre que vous vou, inscrivez à mes Etudes sur l'histoire de l'humanité.

. . . .

Tout à vous
F. Laurent.

женій мы приведемъ источники желѣзнодорожнаго права и литературу его на западѣ Европы и въ С. А. С. Штатахъ, давшіе матеріалъ для содержанія настоящаго изслѣдованія и выработавшіе тѣ «исключительныя положенія», которыя обособились въ особую отрасль права, по предмету своему правильнѣе всего обозначаемую—«право желѣзнодорожное».

Въ русской научной юридической литературѣ не затрогивались до сихъ поръ институты «желѣзнодорожнаго права», какъ намъ кажется по той же самой причинѣ, по которой на западѣ Европы только лишь въ недавнее время,—за послѣдніе десять, пятнадцать лѣтъ,—образовалась литература по этой новой отрасли правовѣдѣнія. До тѣхъ поръ пока на западѣ Европы не было составлено особыхъ желѣзнодорожныхъ законовъ, опредѣляющихъ право государства и концессіонеровъ на рельсовые пути, а также общественное ими пользованіе, до тѣхъ поръ не могла возникнуть научная разработка «желѣзнодорожнаго права», какъ особой отрасли правовѣдѣнія. Изложенный выше очеркъ развитія литературы потверждаетъ справедливость настоящаго замѣчанія. Точно также, думаемъ мы, будетъ и въ нашемъ отечествѣ. Мы имѣемъ уже капитальные труды о «желѣзнодорожномъ хозяйствѣ» почтеннаго профессора московскаго университета *А. И. Чупрова*,—экономическое значеніе рельсовыхъ путей нашло свое разсмотрѣніе въ книгѣ *Гг. Бѣлова* и *Рыбакова* «Наши пути сообщенія»,—мы знаемъ исторію русскихъ паровозныхъ линій по пространному и основательному изслѣдованію *А. А. Головачева*. Всѣ названныя произведенія основаны на весьма обширномъ матеріалѣ, представляемомъ содержаніемъ нашихъ концессій, отчетами концессіонныхъ обществъ, освѣщенномъ началами экономической науки. Въ иномъ положеніи находится цивилистъ. Источники русскаго желѣзнодорожнаго права находятся въ

томъ положеніи, въ какомъ они были во Франціи до составленія «тетради ограниченій» (cahier des charges) въ концѣ пятидесятыхъ годовъ *). Мы имѣемъ громадное количество отдѣльныхъ концессіонныхъ актовъ, не сведенныхъ къ одному общему типу «образцовой концессіи», въ содержаніи которыхъ преобладаютъ положенія, относящіяся къ административному праву и нормирующія договоры перевозки. Но русское право не знаетъ, подобно германскому, положеній, изложенныхъ въ видѣ общаго закона о перевозкѣ по желѣзнымъ дорогамъ, оно не имѣетъ многочисленныхъ англійскихъ статутовъ и спеціальныхъ законовъ, какъ въ Швейцаріи и Австріи, опредѣляющихъ вещное право рельсовыхъ путей. Мы ограничились поэтому въ настоящемъ нашемъ «опытѣ» изученіемъ иностранныхъ источниковъ и литературы желѣзнодорожнаго права, думая, что, быть можетъ, небольшой нашъ трудъ послужитъ для ознакомленія съ положеніемъ въ правѣ того учрежденія, которое по справедливости считается однимъ изъ лучшихъ пріобрѣтеній XIX столѣтія.

Настоящее изслѣдованіе не ограничивается изученіемъ гражданскаго дѣйствія концессіи, но оно въ вмѣстѣ съ тѣмъ разсматриваетъ юридическую природу этого акта.

Ученія объ юридическомъ значеніи акта концессіи распадаются на три группы. Писатели первой группы разсматриваютъ концессію въ значеніи простаго гражданскаго договора. Сюда принадлежатъ труды французскихъ ученыхъ *Делало*, *Дюмэ*, *Даллозъ* и *Пала*. Другую группу составляютъ ученія тѣхъ изслѣдователей юридическаго значенія акта концессіи, которые видятъ въ немъ «смѣшанный характеръ» изъ началъ гражданскаго и государственнаго права. Среди писателей этого направленія мы укажемъ на американскаго

---

*) Ср. нашъ трудъ: „Матеріалы по желѣзнодорожнымъ вопросамъ“ и оцѣнку его въ книгѣ *Гг. Бѣлова* и *Рыбакова* „Наши пути сообщенія“. Спб. 1882.

юриста *Пирса*, на швейцарскихъ ученыхъ *Гильти, Каррарда*. Наконецъ, актъ концессіи причисляютъ къ понятію о «привилегіи» теоріи тѣхъ изслѣдователей, которые видятъ въ немъ одностороннее, со стороны государственной власти исходящее, признаніе за концессіонерами извѣстныхъ субъективныхъ правъ. Къ этому пониманію примыкаютъ построенія для концессіи у *Гейслера, Дернбурга*, *Унгера, Мейли*.

Большинство исчисленныхъ нами ученій объ юридическомъ значеніи акта концессіи возникло вслѣдствіе конкретныхъ случаевъ, сложившихся въ отношеніяхъ между концедентомъ-государствомъ и концессіонеромъ-компаніей, когда государство заявляло одностороннее требованіе, налагавшее на концессіонера новое обязательство, непредусмотрѣнное въ актѣ концессіи. Можетъ-ли государство требовать отъ желѣзнодорожной компаніи пониженія полотна рельсоваго пути на томъ основаніи, что сохраненіе его въ настоящемъ видѣ стѣсняетъ военныя упражненія въ той мѣстности, которую пересѣкаетъ паровозная линія? Въ правѣ-ли государство обязать концессіонера содержать дополнительный поѣздъ, непредусмотрѣнный въ актѣ концессіи? Мы заимствовали приведенные примѣры изъ практики швейцарскихъ судовъ, къ защитѣ которыхъ обратились желѣзнодорожныя компаніи въ упомянутыхъ случаяхъ, ища вмѣстѣ съ тѣмъ поддержки въ «мнѣніяхъ» (Rechtsgutahten) пользующихся европейской извѣстностью юристовъ теоретиковъ, напр. *Іеринга, Рено* и др. И что-же? Рѣшеніе судовъ и «мнѣнія» теоретиковъ разошлись. Тогда какъ юристы теоретики защищали независимость желѣзнодорожныхъ компаній отъ обращенныхъ къ нимъ требованій со стороны власти государственной,— суды обязывали ихъ подчиняться тѣмъ ограниченіямъ, которыя на нихъ налагала государственная власть, не допуская никакого вознагражденія за стѣсненія правъ концес-

сіонера. Противорѣчіе между теоріей и практикой возникло изъ того, что первая въ своихъ построеніяхъ относительно акта концессіи стояла на началахъ, выработанныхъ общей теоріей гражданскаго права, вторая—исходила отъ подчиненія концессіи государственной власти. Актъ концессіи подчиненъ не только общимъ измѣненіямъ, совершаемымъ въ порядкѣ законодательномъ, но онъ стоитъ въ зависимости отъ «оговореннаго въ немъ усмотрѣнія государственной власти» (reservated power, какъ говоритъ Пирсъ) и отъ распоряженій, имѣющихъ исключительно полицейскій характеръ. Въ этихъ предѣлахъ, указанныхъ въ изслѣдованіи о «желѣзнодорожномъ правѣ» американскаго юриста Пирса, государство имѣетъ право совершать измѣненія въ выданной имъ концессіи, затѣмъ наступаетъ право концессіонера на вознагражденіе за новыя возложенныя на него ограниченія.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Концессія прекаріума—уступки.

§ 1. Происхожденіе названія „концессія". Понятіе „прекаріума" въ римскомъ правѣ. Его предметъ. Лица. Виды „прекаріума" въ римскомъ и современномъ правѣ: precarium proprietatis, possessionis и уступка договорная.

Слово *„концессія"* происходитъ изъ римскаго права, гдѣ оно служило для обозначенія способа, которымъ устанавливался *„прекаріумъ"*. Общее опредѣленіе понятія прекаріума и указаніе на способъ его возникновенія содержится у Ульпіана, l. 1 pr. D. de precario 43. 26 *„Precarium* est quod pretibus petendi utendum *conceditur* tamdiu quam is qui concessit patitur" т. е. „прекаріумъ есть безмездная концессія пользованія до тѣхъ поръ, пока концедентъ это терпитъ".

Вслѣдствіе этого понятія большинство современныхъ юристовъ опредѣляютъ „прекаріумъ", какъ *„предоставленіе пользованія"*. Сюда относятся: Вангеровъ [1]), Виндшейдъ [2]), Унтерхольцнеръ [3]), Мейерфельдъ [4]).

Противъ такого пониманія „прекаріума" высказались два нѣмецкихъ писателя: Булингъ [5]) и Данквартъ [6]). Послѣдній даетъ слѣдующее опредѣленіе понятія „прекаріума": это есть дозволеніе, данное кому либо собственникомъ вещи, считать ее своей или относиться, какъ къ предмету опредѣленнаго сервитута, до

---

1) *Vangerow,* Pandekten, III Bd. § 691.

2) *Windscheid,* Lehrbuch des Pandektenrechts, 5 Aufl. II Bd. § 373.

3) *Unterholzner,* Lehre von den Schuldverhältnissen, II Bd. стр. 561.

4) *Meyerfeld,* die Lehre von den Schenkuugen I Bd. стр. 59.

5) *Bulling,* das Precarium, стр. 9.

6) *Dankwardt,* das Precarium und die Emphyteuse въ „Iahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts" XIV Bd. § 1—2.

послѣдующей отмѣны [1]). Такимъ образомъ, по мнѣнію Данкварта, предметомъ „прекаріума“ можетъ быть вещь и сервитутъ. Въ этомъ отношеніи онъ сходится съ воззрѣніемъ Савиньи [2]) и расходится съ ученіемъ другаго юриста Шмидта [3]). Аргументація Шмидта основана на томъ, что предоставляемое другому въ пользованіе должно существовать до передачи, а такъ какъ нельзя имѣть сервитута на собственную вещь, то поэтому собственникъ не можетъ передать другому „прекаріумъ“ на сервитутъ. Противъ этого мнѣнія Данквартъ [4]) возражаетъ, говоря, что Шмидтъ не обратилъ вниманія на то, что прекаріумъ предоставляется не на сервитутъ, но на содержаніе сервитута. Источники римскаго права прямо свидѣтельствуютъ о прекаріумѣ на сервитуты. Такъ въ l. 3 de precario 43. 26 мы читаемъ слѣдующее положеніе: „veluti si me precario rogaveris ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium vel tiguum in parietem immissum habeas“. Если прекарно предоставленъ сервитутъ на вещь, то, поясняетъ Данквартъ [5]), прекаристъ можетъ пользоваться вещью, какъ если бы для него былъ установленъ самый сервитутъ.

Коснувшись предмета „прекаріума“ нельзя не обратить вниманія на то, что этотъ институтъ въ римскомъ правѣ первоначально относился только до вещей недвижимыхъ, такъ что, когда онъ сталъ примѣняться также къ движимостямъ, то объ этомъ дѣлается въ источникахъ права прямое упоминаніе [6]). Въ историческомъ развитіи сходнаго съ „прекаріумомъ“ института „ссуды“ совершился прямо обратный процессъ [7]). Но если вещи движимыя могутъ быть предметомъ „прекаріума“, то относительно того рода этихъ вещей, который извѣстенъ подъ именемъ замѣ-

---

1) *Dankwardt,* eod. § 2.

2) *Savigny,* Das Recht des Besitzes, стр. 459 (7-te Aufl).

3) *Schmidt,* Commodat und Precarium, стр. 104. Но Шмитъ допускаетъ, что ususfructus, habitatio, operae servorum могутъ быть предметомъ прекаріума, когда они исходятъ отъ сервитуто-управомоченнаго, но не отъ собственника служащей вещи, eod. стр. 134.

4) *Dankwardt,* eod. § 6. пр. 1.

5) *Dankwardt,* eod. стр. 297.

6) L. 4 pr. D. de precario 43. 26: „in rebus etiam mobilibus precario rogatio consistit“.

7) *Savigny,* das Recht des Besitizes. стр. 465. ср. l 1 § 1, D. commodati, 13. 6.

нимыхъ (res fungibiles) существуютъ два мнѣнія. Буллингъ [1]) допускаетъ возможность „прекаріума“ на res fungibiles“, Данквартъ [2]) это отрицаетъ на основаніи имъ проводимаго понятія „прекаріума,“ который онъ разсматриваетъ, какъ „безмездную концессію“ (unentgeltliche Concession), предоставляющую не какое либо право, на вещь, но „содержаніе“ такого права, которое можетъ быть установлено и передано путемъ даренія. Вещи замѣнимыя, въ частности деньги, въ случаѣ передачи ихъ съ тѣмъ, чтобы принявшій считалъ ихъ своей собственностью, такъ какъ прекаріумъ по цѣли своей имѣетъ въ виду продолжительное предоставленіе вещи въ пользованіе полное или частичное прекариста, отъ того не допускаютъ возможности прекаріума, что переходитъ на нихъ само право собственности. Сдѣлка не имѣетъ значеніе даренія, потому что деньги не отданы окончательно; она не есть заемъ, ибо не условленъ возвратъ денегъ, такъ какъ въ прекаріумѣ конечный моментъ есть односторонняя его отмѣна концедентомъ.

Изъ понятія прекаріума слѣдуетъ, что не можетъ быть прекаріума на собственную вещь, ни сервитутъ на нее путемъ прекаріума: „receptum est rei suae precarium non esse“ [3]). Въ „сводѣ гражданскихъ узаконеній губерній остзейскихъ“, гдѣ „прекаріумъ относится къ одному изъ видовъ права требованій„ и въ русскомъ оффиціальномъ переводѣ этого свода называется „уступкой“,—допускается въ видѣ исключенія „прекаріумъ на свою собственную вещь“. Ст. 3767 свода гражданскихъ узаконеній губерній остзейскихъ содержитъ прямое постановленіе объ этомъ. Здѣсь мы читаемъ: „хотя владѣніе, на основаніи уступки, собственною своею вещью вообще и не предполагается, однако оно можетъ имѣть мѣсто какъ исключеніе, когда вещь, данная кредитору въ залогъ, будетъ имъ возвращена должнику для употребленія по уступочному договору“.

Шмидтъ допускаетъ прекаріумъ на вещи нетѣлесныя [4]).

Лица, участвующія въ прекаріумѣ, носятъ названія *precario rogatus* для дающаго прекаріумъ и *precario rogans* для пользующагося прекаріумомъ [5]).

---

1) *Bulling,* das Precarium § 8.

2) *Dankwardt,* das Precarium und die Emphyteuse § 9.

3) L. 4 § D. de precario 43. 26.

4) *Schmidt,* das Commodat um und Precarium, стр. 16 и § 7.

5) *Schmidt,* das Commodatum und Precarium, § 3 и 4.

Предоставить прекаріумъ на вещь въ правѣ только ея собственникъ [1]), потому что онъ только можетъ концедировать осуществленіе управомочій собственности или предоставить прекарно сервитутъ [2]). Поэтому прекарно данная вещь, или установленный сервитутъ могли быть первоначально въ римскомъ правѣ вытребованы обратно чрезъ rei vindicatio или actio negatoria [3]). Но когда возникаетъ въ римскомъ правѣ interdictum de precario, тогда складывается совершенно иное положеніе для precario rogatus. Прекаріумъ имѣетъ мѣсто всюду, гдѣ только существуютъ фактическія условія для интердикта, т. е. тамъ, гдѣ одно лицо владѣетъ прекарно отъ другаго. Прекаріумъ въ этомъ смыслѣ, говоритъ Данквартъ, есть „безвозмездное предоставленіе простаго обладанія или только детенціи на вещь со стороны простаго обладателя на условіи обратнаго требованія по усмотрѣнію. Нѣтъ надобности, чтобы концедентъ имѣлъ право владѣть—jus possidendi, но концедентъ или рогатусъ долженъ имѣть юридическое владѣніе“ [4]). Въ отличіе отъ первоначальной формы прекаріума, гдѣ концедентомъ могъ быть только собственникъ вещи, новая его форма называется у римскихъ юристовъ precarium possessionis, тогда какъ первоначальная обозначается выраженіемъ precarium proprietatis [5]). Вслѣдствіе этого кругъ лицъ, имѣющихъ возможность давать прекаріумъ, распространяется также на владѣльцевъ вещи. Коснувшись вопроса о возвращеніи прекаристомъ предоставленнаго ему прекаріума рогатусомъ необходимо отмѣтить, что кромѣ первоначальнаго виндикаціоннаго и негаторнаго иска (precarium proprietatis) и позднѣйшаго прекарнаго интердикта (precarium possessionis), во время Лабео, на ряду съ послѣднимъ рогатусъ имѣетъ право предъявить actio praescriptis verbis къ прекаристу [6]). Оба иска „interdictum de precario“ и „actio praescriptis verbis“ конкуррируютъ другъ съ другомъ, такъ

---

1) L. 4 § 4 D. de precario 43. 26 „dominus quum patitur. L. 6 pr. h· t. l. 15 § 4 eod. „penes dominus“.

2) *Dankwardt* das Precarium und die Emphytuese. § 8.

3) *Unterholzner,* Schuldverhältnisse Bd. II стр. 565 Nr. 11. *Dankwardt* eod. § 17.

4) *Dankwardt,* eod. II, о прекаріумѣ въ первоначальномъ и позднѣйшемъ его значеніи.

5) L. 6 § 4 D. de precario 43. 26.

6) *Schmidt,* das Commodatum und Precarium, стр. 110.

что отъ усмотрѣнія и выбора рогатуса зависитъ примѣненіе того или другаго изъ нихъ [1]).

Практическое различіе въ примѣненіе одного изъ этихъ конкуррирующихъ средствъ судебной защиты Шмидтъ видитъ въ томъ, что прекаріумъ изъ фактическаго состоянія, за которое онъ его, согласно съ Савиньи [2]), считаетъ, превращается въ правоотношеніе или съ момента выдачи интердикта, или съ момента врученія исковаго требованія [3]), такъ какъ отъ этого момента прекаристъ подлежитъ послѣдствіямъ просрочки (mora).

Возвращаясь къ установленнымъ Данквартомъ двумъ видамъ прекаріума—precarium proprietatis и precarium possessionis—укажемъ на ту особенность послѣдняго, по которой рогатусъ долженъ быть юридическимъ владѣльцемъ вещи, а прекаристъ имѣетъ на нее простую детенцію. Въ этомъ заключается особенность позднѣйшаго прекаріума, о чемъ свидѣтельствуетъ l. 33 § 6 D. de usurp. 41. 3 „Sed etsi utrumque intercesserit et precario rogatio et conductio, intelligitur creditor possidere et precarii rogatio non in hoc interponitur, ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere rem liceat".

Иное мнѣніе высказываетъ Савиньи. Онъ относитъ „прекаріумъ" къ понятію „выводнаго владѣнія" (abgeleiteter Besitz). Особенность „выводнаго владѣнія" состоитъ въ томъ, что прежній владѣлецъ передаетъ свое право владѣнія—„jus possessionis"—безъ права собственности. Поэтому овладѣніе (Apprehension) ничѣмъ не отличается отъ овладѣнія относительнаго обыкновеннаго, а не выводнаго владѣнія, но воля здѣсь должна быть направлена только на пріобрѣтеніе права владѣнія—„jus possessionis", а не права собственнности. Здѣсь даже вовсе невозможно animus domini вслѣдствіе того, что прямо признается право собственности за другимъ лицомъ [4]).

---

1) *Schmidt,* eod. стр. 111.

2) *Schmidt,* eod. стр. 12 „Beim Precarium ist nur das zur Verpflichtung geeignete Factum vorhanden" и стр. 15 „Was ist nun aber das Precarium? Es ist: ein factisches Verhältniss, begründet und begrenzt durch die bittweise ertheilte, beliebig widerrufliche Erlaubniss zum Gebrauche einer körperlichen oder unkörperlichen Sache".—*Savigny,* das Recht des Besitzes, стр. 449—60.

3) *Schmidt,* eod. стр. 105, пр. 93.

4) *Savigny,* das Recht des Besitzes, § 23. стр. 282.

Прекаристъ, говоритъ далѣе Савиньи [1]), имѣетъ юридическое владѣніе на предоставленную ему прекарно вещь. „Основаніе, почему здѣсь перенесеніе владѣнія принимается за правило, заключается въ томъ, что оно не вредитъ собственнику (rogatus). Его давностное владѣніе продолжается чрезъ accessio possessionis и онъ имѣетъ особый interdictum recuperandae possessionis для возстановленія отчужденнаго владѣнія. По правилу самое владѣніе переносится чрезъ прекаріумъ: l. 4 § 1 de prec. 43, 26. „Meminisse autem nos oportet, eum qui precario habet, *etiam possidere*".

Противорѣчіе между послѣднимъ положеніемъ источниковъ римскаго права, приведеннымъ у Савиньи и вышеупомянутымъ, заимствованнымъ у Данкварта, будетъ нами ближе разсмотрѣно ниже, когда мы будемъ говорить о юридическомъ владѣніи рогатуса, концедента и роганса, прекариста, концессіонера.

Въ иномъ видѣ прекаріумъ принимается въ современное право, съ той особенностью, что основаніемъ для него служитъ договоръ, а не милость собственника вещи, перешедшей въ прекарное владѣніе въ смыслѣ precarium possessionis. Такимъ образомъ мы можемъ къ двумъ типамъ прекаріума, указаннымъ у Данкварта, прибавить третій его типъ—*прекаріумъ договорный* современнаго права.

Въ подтвержденіе справедливости нашего мнѣнія мы приведемъ воззрѣніе знаменитаго бельгійскаго профессора Ф. Лорана. Въ обширномъ трудѣ его „Principes de droit civil français", въ томѣ 32, § 299 мы читаемъ:

„Выраженіе прекарное владѣніе происходитъ изъ римскаго права, но оно совершенно измѣнило свое значеніе въ современномъ правѣ. У римлянъ называли прекарнымъ владѣніе тѣхъ, кто его пріобрѣталъ отъ собственника по просьбѣ, слѣдовательно, какъ милость, которую собственникъ могъ отмѣнить, когда онъ это захочетъ. Прекарный владѣлецъ не имѣлъ никакого права относительно того, отъ кого вещь къ нему перешла: онъ пользовался владѣльческими интердиктами относительно третьихъ лицъ. По ст. 2236 гражданскаго кодекса подъ прекарнымъ владѣльцемъ разумѣютъ того, кто владѣетъ за другаго: таковы суть арендаторы, хранители поклажи, пользовладѣльцы и всѣ тѣ, которые

---

[1]) Savigny, eod. § 25, стр. 302—4.

владѣютъ вещью отъ имени собственника. Прекарное владѣніе въ гражданскомъ кодексѣ не есть владѣніе: арендаторъ не владѣетъ, онъ обладаетъ вещью отъ имени наймодавца и для него, наймодавецъ владѣетъ чрезъ его посредство. Хотя прекарный владѣлецъ имѣетъ только лишь простое обладаніе, но нельзя сказать, что это обладаніе будетъ прекарно въ римскомъ значеніи, ибо онъ владѣетъ не изъ милости, но обладаетъ въ силу договора, который ему даетъ право относительно собственника".

Въ приведенной выпискѣ изъ опредѣленія, дѣлаемаго Лораномъ относительно прекаріума въ римскомъ правѣ и въ современномъ его значеніи во французскомъ правѣ, различіе между ними заключается: 1) въ основаніи возникновенія прекарныхъ отношеній; 2) въ положеніи прекариста относительно рогатуса; и 3) въ характерѣ обладанія прекариста.

§ 2. Основаніе возникновенія „прекаріума".—Договоръ (Куяцій, Мюленбрухъ, Тибо, Виндшейдъ, Савиньи).—Одностороннее дозволеніе (Данквартъ).—Юридическій характеръ прекарныхъ отношеній.—Прекаріумъ есть фактъ (Савиньи, Пухта, Арндтсъ, Шмитъ).—Дозволеніе „управомочій" (Befügnisse у Данкварта).

Относительно основанія для установленія прекаріума въ римскомъ правѣ господствуютъ среди изслѣдователей этого института въ высшей степени разнообразные взгляды. *Куяцій* [1]) относитъ прекаріумъ къ полудоговорамъ (quasi contractus). *Мюленбрухъ* причисляетъ его къ понятію о ссудѣ и слѣдовательно основаніемъ его считаетъ реальный контрактъ [2]); *Тибо* видитъ здѣсь contractus innominatus [3]); къ договорнымъ отношеніямъ прекаріумъ относитъ Виндшейдъ [4]), къ понятію pactum причисляетъ его установленіе Савиньи [5]). Ни съ однимъ изъ указанныхъ объясненій для возникновенія прекаріума не соглашается новѣйшій изслѣдователь его, Данквартъ [6]). Онъ говоритъ, что это не договоръ, устанавливающій право, или налагающій обязанности. Прекаристъ не получаетъ договорныхъ правъ; съ другой стороны

---

1) *Cujacius,* IV obs. 7.
2) *Mühlenbruch,* Lehrbuch des Pandektenrechts, II § 384.
3) *Thibaut,* System des Pandektenrechs § 557.
4) *Windscheid,* Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II § 373.
5) *Savigny,* das Recht des Besitzes, стр. 459, 7-te Aufl.
6) *Dankwardt,* das Precarium und die Emphyteuse § 4.

концедентъ нигдѣ не желаетъ принимать относительно прекариста обязанностей и обязанности послѣдняго, начинающіяся со вступленіемъ во владѣніе, не имѣютъ договорнаго значенія. Прекаріумъ тѣмъ интересенъ, что онъ имѣетъ мѣсто съ полнаго согласія воли и ея изъявленія обоими участниками и тѣмъ не менѣе юридически это не договоръ, ибо для этого нужно, чтобы оба участника желали, чтобы это былъ договоръ, чего здѣсь нѣтъ. Въ дальнѣйшемъ развитіи своего ученія Данквартъ [1]) говоритъ опредѣленнѣе, что „прекаріумъ есть одностороннее изъявленіе воли, *простая концессія*, т. е. данное дозволеніе, разрѣшеніе"— и ссылается на L. 1 pr. D. de prec. 43. 26: —quod precibus petendi conceditur. Слово „дозволеніе" (Erlaubniss у Savingy [2]) ближе всего подходитъ къ „concessio" [3]). Слово „precibus" Данквартъ переводитъ терминомъ unentgeltlich т. е. безвозмездно [4]).

Противъ договорнаго установленія прекаріума, принятаго большинствомъ юристовъ, расходящихся въ квалификаціи соглашенія рогатуса и прекариста, Данквартъ приводитъ свое объясненіе для возникновенія „прекаріума—уступки", видя въ немъ односторонній актъ, именуемый имъ „дозволеніе" [5]). Онъ относитъ установленіе прекарнаго правоотношенія (conditio precarii) къ моменту концессіи. „Установившееся правоотношеніе есть conditio precarii, которое возникаетъ чрезъ и вмѣстѣ съ концессіей, слѣдовательно по волѣ концедента. Это правоотношеніе существуетъ ранѣе того, какъ прекаристъ вступитъ въ концедированное ему владѣніе" [6]). Въ защиту своего положенія, созданнаго выданной концессіей, прекаристъ имѣетъ exceptio doli противъ всѣхъ предъявленныхъ къ нему исковъ [7]). Если бы между концедентомъ и прекаристомъ существовало договорное отношеніе, pactum, какъ думаетъ Савиньи, тогда прекаристъ имѣлъ бы для своей защиты противъ иска концедента не exceptio doli, но exceptio pacti con-

---

[1]) *Dankwardt,* eod. § 5.
[2]) *Savigny,* das Recht des Besitzes, стр. 461. § 42.
[3]) *Dankwardt,* das Precarium und die Emphyteuse, § 5 пр. 2.
[4]) *Dankwardt,* eod. § 5. пр. 3.
[5]) *Dankwardt,* eod. § 2.
[6]) *Dankwardt,* eod. § 3. пр. 5.
[7]) *Dankwardt,* eod. § 4.

venti, чего нѣтъ въ силу прямаго постановленія источниковъ римскаго права [1]).

Но можетъ возникнуть мысль, что если прекаріумъ не устанавливается чрезъ договоръ, т. е. если здѣсь нѣтъ учредительнаго договора, то нѣтъ ли въ существѣ отношеній концедента и концессіонера признаковъ договорнаго соглашенія о возвращеніи вещи, данной въ прекаріумъ. Допущеніе подобнаго реститутарнаго договора противорѣчитъ самому понятію прекаріума [2]), одностороннимъ усмотрѣніемъ концедента отмѣняемаго, точно также, какъ установляется прекаріумъ одностороннимъ его дозволеніемъ. „Поэтому между собственникомъ и прекаристомъ нѣтъ ни учредительнаго, ни обязательственнаго договора“ [3]). Но изъ того, что прекаріумъ не есть conventio, не слѣдуетъ еще, что оно не есть юридическое отношеніе, какъ это думаютъ многіе юристы, къ числу которыхъ принадлежатъ: Савиньи [4]), Пухта [5]), Арндтсъ [6]), Шмидтъ [7]). Послѣдовательнѣе другихъ развилъ понятіе о прекаріумѣ, какъ о простомъ фактѣ Шмидтъ. „Изъ этого существа прекаріума выясняется между прочимъ: 1) что interdictum de precario можетъ быть осуществленъ не только противъ того, qui precario rogavit, но также относительно того qui precario habet; 2) что прекаріумъ имѣетъ мѣсто въ лицѣ несовершеннолѣтняго, даже sine tutoris auctoritate и допускается противъ него интердиктъ; 3) что прекаріумъ не переходитъ на наслѣдниковъ принимателя;... 5) что mora принимателя принимается во вниманіе только отъ выдачи интердикта и съ того времени наступаютъ ея юридическія послѣдствія; —хотя въ дѣйствительности просрочка наступаетъ съ того времени, когда получатель уклоняется отъ возвращенія вещи или отъ прекращенія осуществлять права. Развѣ это было бы возможно, если бы прекаріумъ не имѣлъ безусловно фактическаго значенія? Если же это допустятъ и обратятъ вниманіе, что вообще всѣ фактическія положенія только чрезъ

---

1) L. 12 D. de precario 43. 26.

2) L. 15 § 3 D. de precario. 43. 26.

3) *Dankwardt,* eod. § 4. пр. 2.

4) *Savigny,* das Recht des Besitzes. § 42 стр. 460, 7-te Aufl.

5) *Puchta,* Lehrbuch des Pandekten § 136 Vorlesungen, II стр. 513.

6) *Arndts,* Pandekten § 135, 173.

7) *Schmidt,* Commodatum und Precarium, стр. 104.

судебное ихъ осуществленіе распознаются въ правѣ и, такъ сказать, получаютъ правовое существованіе, то указанныя опредѣленія относительно mora и ея послѣдствій въ прекаріумѣ покажутся весьма естественными“ [1]).

Въ пользу признанія прекаріума въ значеніи простаго факта служитъ также та его особенность, что прекаристъ отвѣчаетъ только за dolus и culpa lata въ теченіи продолжающагося своего прекарнаго владѣнія и за тѣмъ, послѣ истребованія отъ него возврата вещи, прекарно данной рогатусомъ, онъ отвѣчаетъ за всякаго рода culpa [2]). Этотъ взглядъ Савиньи исходитъ изъ того его пониманія прекаріума, по которому юридическія отношенія прекариста и концедента возникаютъ не изъ акта концессіи, но въ силу неправильности владѣнія прекариста [3]). Противъ понятія „прекаріума“ въ значеніи факта возстаетъ Данквартъ, предпринявшій лѣтъ десять тому назадъ трудъ провѣрить высказанныя взгляды на существо и значеніе „прекаріума“ [4]). Прекаріумъ не есть фактъ, но это есть юридическая сдѣлка, производящая опредѣленное юридическое дѣйствіе, создающая особое правоотношеніе, называемое „conditio precarii“ (L. 14 D. de precario 43. 26).

Разсматривая дѣйствіе прекаріума, какъ юридической сдѣлки, Данквартъ говоритъ, что содержаніе концессіи неодинаково, смотря по предмету прекаріума. Предметомъ этимъ можетъ быть вещь или сервитутъ. Въ первомъ случаѣ прекаріумъ содержитъ въ себѣ „дозволеніе“ [5]) осуществлять содержаніе права собственности [6]). Въ составъ управомочій прекариста входитъ: а) владѣніе (L. 4 § 1 D. de precario 43. 26); б) пользованіе (L. 1. pr. eod); в) собираніе доходовъ (L. 8 § 4. in fine eod); и наконецъ г) прекаристъ обязанъ, когда наступитъ моментъ для возврата вещи, по предъявленіи иска, прекратить всѣ измѣненія въ вещи, востановить ее въ первоначальномъ видѣ (L. 8 § 4 eod). До это-

---

1) *Schmidt,* Commodatum und Precarium. стр. 103—4.

2) *Savigny,* das Recht des Besitzes, § 42. стр. 462—3. 7-te Aufl.

3) *Savigny,* das Recht des Besitzes, § 42 стр. 460.

4) *Dankwardt,* das Precarium und die Emphyteuse § 3, въ особенности пр. 3.

5) „Die Erlaubniss“ у Савиньи, das Recht bes Besitzes, стр. 461, у котораго этотъ терминъ заимствуетъ Данквартъ, das Precarium und die Emphytheuse, § 5 пр. 2.

6) *Dankwardt,* eod. § 6.

го момента возврата прекаристъ имѣетъ всѣ управомочія собственника, что объясняетъ ту особенность прекаріума, по которой, „mora“ наступаетъ съ момента выдачи интердикта о прекаріумѣ или со времени предъявленія иска praescriptis verbis [1]) и 2, что прекаристъ отвѣчаетъ только за „dolus“ и „culpa lota“. [2]) Прекаристъ имѣетъ основаніе смотрѣть на вещь, данную ему прекарно безъ околичностей, какъ на свою собственность [3]). Въ этомъ отношеніи уподобляютъ источники римскаго права прекаріумъ съ дареніемъ: „simile donato precarium est“, [4]) отъ котораго онъ отличается тѣмъ, [5]) что концедентъ при res precario data удерживаетъ за собой право собственности на нее: „non facere accipientis“. [6]) Во многихъ мѣстахъ своего изслѣдованія о прекаріумѣ Данквартъ сравниваетъ прекариста съ собственникомъ. Такъ въ § 16 на стр. 304 названнаго труда онъ говоритъ: прекаристъ есть владѣлецъ, weil er sich als Eigenthümer der Sache ansehen soll, и далѣе въ § 17:—der Precarist wird ermächtigt die Eigenthumsbefügnisse auszuüben“ (стр. 307 eod).

Въ случаѣ прекарнаго предоставленія не вещи, но сервитута, тогда прекаристъ можетъ пользоватся вещью какъ бы для него былъ установленъ сервитутъ [7]).

Изъ такого пониманія прекаріума логически вытекаетъ тотъ выводъ, что прекаріумъ не есть фактъ, [8]) но имѣетъ значеніе *остатка*, который удерживается, когда исключатъ извѣстный моментъ изъ даренія [9]), чѣмъ прекаріумъ и отличается отъ даренія, являясь не актомъ установленія права, но только „управомочій“ прекариста. [10]) Предоставляя содержаніе правъ собственности и сервитутовъ прекаристу, но не самыя эти права, ибо прекарное отношеніе подлежитъ отмѣнѣ, по усмотрѣнію предоставившаго

---

[1]) *Schmidt,* Commodat und Precarium, стр. 104.

[2]) *Savigny,* das Recht des Besitzes, стр. 462.

[3]) *Dankwardt,* das Precarium und die Emphyteuse стр. 297.

[4]) D. 14 § 11 D. de furtis 47. 1.

[5]) *Dankwardt,* eod. § 9 текстъ на стр. 298 и пр. 6. *Meyerfeld,* die Lehre von den Schenkuugen, I Bd. стр. 61.

[6]) *Dankwardt,* eod. § 9. пр. 7.

[7]) *Dankwardt,* eod. стр. 279 § 6.

[8]) *Dankwardt,* eod. пр. 3 къ § 3.

[9]) *Dankwardt,* eod. пр. 6 къ § 8.

[10]) *Bulling,* das Precarium, § 3.

его собственника, прекаріумъ создаетъ „управомочія“ для концедента. Эту мысль въ половинѣ сороковыхъ годовъ выразилъ нѣмецкій ученый *Буллингъ*, за нимъ ее повторилъ десять лѣтъ назадъ *Данквардъ*. Послѣдній въ неоднократно цитированномъ нами трудѣ говоритъ въ § 19 пр. 6: „das Precarium als Rechtsgeschäft hat wie gezeigt eine constituirende Wirkung“ и далѣе „insofern es Befügnisse des Precaristen begründet“. Въ чемъ состоятъ „управомочія“ концедента на концедированные ему прекарно вещь или сервитутъ—это стоитъ въ зависимости отъ дѣйствія прекаріума т. е. концессіи.

§ 3. Прекаріумъ есть безмездная концессія.—Отличіе отъ даренія и найма.—Сліяніе въ современномъ правѣ понятій прекаріума съ наймомъ, поклажей узуфруктусомъ и т. п.—Ученія Лорана и Тролона.—Объясненіе ст. 2236 code civil., Концессія государства, провинцій, общинъ частнымъ лицамъ общественной государственной собственности (domaine public de l'état у Лорана).

Прекаріумъ есть безмездная концессія (unentgeltliche Concession) и относится поэтому къ числу дарственныхъ актовъ [1]) и отличается отъ donatio, не касаясь того, что donatio имѣетъ значеніе договора [2]) только тѣмъ, что концедентъ относительно res precario dato сохраняетъ право собственности, а въ случаѣ прекарно установленнаго сервитута, онъ удерживаетъ полноту свободы своей собственности отъ дѣйствительнаго сервитута. Еще рѣзче характеризуетъ отличіе прекаріума отъ donatio Данквартъ, къ повторительному цитированію взгляда котораго насъ заставляетъ значеніе его труда о прекаріумѣ, въ которомъ онъ подвергнулъ ревизіи всѣ до него выставлявшіеся ученія объ этомъ институтѣ. Онъ говоритъ: существенное отличіе прекаріума отъ donatio въ томъ, что онъ не даетъ принимателю права—non facere accipientis, но предоставляетъ ему лишь содержаніе того права, которое можетъ быть установлено и передано путемъ даренія. Такое содержаніе права можетъ быть предоставлено только собственникомъ вещи [3]).

Для прекаріума существенно намѣреніе концедента установить продолжительное, а не только временное отношеніе въ пользу

---

[1]) L. 1. § 1. D. de drecario 43. 26. „...quod genus liberalitatis“

[2]) *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II § 365 и въ особенности пр. 18, гдѣ излагается исторія догматическаго пониманія даренія.

[3]) *Dankwardt*, das Precarium und die Emphyteuse § 9.

концессіонера [1]), хотя прекаріумъ можетъ быть установленъ на опредѣленное время [2]), но этотъ срокъ не имѣетъ того значенія, что съ его наступленіемъ прекаріумъ непремѣнно окончится; наоборотъ здѣсь имѣетъ мѣсто возможность возобновленія и продолженія прекаріума [3]). Примѣненіе срока къ прекаріуму устраняетъ самое его понятіе [4]).

Вмѣсто опредѣленнаго времени, на которое устанавливается прекаріумъ, для послѣдняго имѣетъ существенное значеніе, чтобы концедентъ заявилъ, что онъ предоставляетъ концессіонеру содержаніе права собственности или сервитутовъ „до тѣхъ поръ, пока концедентъ этого будетъ желать". Прекаристъ стоитъ въ полной зависимости отъ dominus и знаетъ объ этомъ; dominus въ прекарныхъ отношеніяхъ желаетъ имѣть полный произволъ въ своихъ дѣйствіяхъ. Въ этомъ заключается характеристическая особенность прекаріума [5]).

Исходя изъ пониманія прекаріума въ значеніи „безвозмездной концессіи, предоставляющей концессіонеру (прекаристу, рогансу) содержаніе права собственности и сервитутовъ, а не самыя эти права", особенности этого института разъясняются совершенно иначе, нежели это сдѣлалъ Шмидтъ [6]), не пошедшій далѣе признанія прекаріума простымъ фактомъ.

1) Прекаріумъ, имѣя значеніе щедрости (Liberalität), дѣлаемой только относительно прекариста, необходимо долженъ быть ограниченъ предѣлами его жизни и не переходитъ поэтому на его наслѣдниковъ [7]), а не потому что прекаріумъ, будучи фактомъ, не подлежитъ наслѣдственному преемству [8]). Положеніе римскаго права—„ipsi duntaxat, non etiam heredi concessa possessio est" (l. 12 § 1 in fine D. de precario, 43. 26) Данквартъ объясняетъ такимъ образомъ: „собственникъ предоставляетъ прибыльное со-

---

[1]) L. 8 § 7 D. de precario 43. 26. Nonunquam iu longum tempus precarium conceditur.

[2]) L. 12. D. h. t

[3]) L. 4 § 4 h. t.

[4]) *Dankwardt,* eod. § 11. и l. 15 § 3 D. de precario 43. 26.

[5]) *Dankwardt,* eod. § 12.

[6]) *Schmidt,* Commodat und Precarium, стр. 103—4.

[7]) *Dankwardt,* Precarium und Ewphyteuse, § 13.

[8]) *Schmidt,* Commodatum und Precarium, стр. 103. п. 3. и пр. 88.

держаніе собственности предпочтительнѣе прекаристу, нежели удерживаетъ за собой пользованіе, но себя онъ въ этомъ отношеніи предпочитаетъ наслѣдникамъ прекариста“ [1]).

2) Прекаріумъ, въ значеніи щедрости, милости, исключаетъ понятіе найма. Никто одновременно не можетъ имѣть вещь въ качествѣ прекариста и нанимателя въ римскомъ правѣ: „si quis ante conduxit, postea precario rogaverit videtur decessisse a conductione. Quodsi ante rogavit, postea conduxit, conduxisse videtur; potiur enim hoc procedere videtur, quod novissime factum est, et hoc Pomponius ait“ [2]). Наниматель не можетъ быть владѣльцемъ нанятой имъ вещи, что прямо опредѣляется положеніями источниковъ римскаго права. Idem Pomponius bellissime tentat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit, non ut possideret, sed ut in possessione esset. Est autem longe diversum; aliud est enim *possidere,* longe aliud *in possessione* esse; denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti non possident, sed sunt in possessione custodiae causa. Quodsi factum est, utrumque procedit [3]). Приведенное положеніе римскаго права имѣетъ то значеніе, что наниматель, оставаясь детенторомъ, получаетъ ради охраны (custodiae causa) владѣльческіе интердикты [4]). Эти „владѣльческіе интердикты“ получаетъ наниматель прекарно [5]). Но прекаріумъ не превращается въ наемъ, оттого что на прекариста будетъ возложено обязательство представлять ежегодно взносы въ пользу концедента [6]), такъ какъ подобные взносы вполнѣ совмѣстимы съ характеромъ щедрости составляющими существенный признакъ прекаріума.

Если въ римскомъ правѣ прекаріумъ отдѣляется отъ найма, то современное французское право этого различія не дѣлаетъ. Въ ст. 2236 французскаго кодекса подъ прекарнымъ владѣльцемъ разумѣютъ тѣхъ, кто владѣетъ за другаго. Сюда относятся:

---

[1]) *Dankwardt,* eod. § 13. пр. 3.

[2]) L. 10 pr. D. de A. vel A. P. (41. 2).

[3]) L. 10 § 1 D. de A. vel A. P. 41. 2.

[4]) *Dankwardt,* eod. пр. 1 къ § 16.

[5]) *Dankwardt,* eod. § 14. „Wohl aber verträgt es sich mit der Eigenschaft des Pächters dass er in possessione ist, d. h. zu seinem Schutze die possessorischen Interdicte gegen Dritte hat, *und diese precario erlangt.*

[6]) *Dankwardt,* eod. § 14 и пр. 4.

арендаторъ, поклажедержатель, узуфруктуаръ и всѣ тѣ, кто прекарно обладаетъ вещью отъ собственника. Прекарное владѣніе французскаго кодекса не есть владѣніе: арендаторъ не владѣетъ, онъ держитъ вещь на имя наймодавца и для него,—наймодавецъ владѣетъ чрезъ его посредство [1]). Въ противоположность приведенному мнѣнію гентскаго профессора знаменитаго ученаго, труды котораго обнимаютъ не одно лишь правовѣдѣніе, но посвящены были изученію „исторіи человѣчества", *Лорана*, другой французскій извѣстный цивилистъ *Тролонъ* [2]) думаетъ, что прекарный владѣлецъ имѣетъ, на основаніи гражданскаго кодекса, юридическое владѣніе. Противъ этого взгляда рѣшительно высказывается Лоранъ [3]); но прежде нежели мы изложимъ доводы Лорана, намъ необходимо познакомиться съ положеніями французскаго права о прекаріумѣ. Его опредѣленію посвящена вторая половина ст. 2236, гдѣ содержится слѣдующее постановленіе: „Ainsi le fermier, le depositaire, l'usufruitier et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire".

Слово прекаріумъ во французскомъ правѣ имѣетъ болѣе широкое значеніе нежели въ римскомъ [4]). Оно означаетъ правоотношеніе всѣхъ тѣхъ, кто владѣетъ въ силу договора или явнаго правооснованія, которое заставляетъ ихъ признавать право другаго. Не должно смѣшивать прекаріума съ дозволеніемъ (tolérance) или близостью (familiarité), которыя предполагаютъ молчаливое пользованіе, но подлежащее отмѣнѣ и безъ всякихъ послѣдствій. Далѣе Тролонъ исчисляетъ виды прекарнаго владѣнія во французскомъ правѣ и относитъ сюда цѣлый рядъ отношеній. „Категорія прекарныхъ владѣльцевъ содержитъ въ себѣ: арендатора, поклажедержателя, узуфруктуара, прямо поименованныхъ въ ст. 2236 гражд. кодекса; узуара, эмфитевта, капитана корабля, введеннаго во временное владѣніе, секвестрователя, антихрезиста, залогодателя и залогодержателя, мужа относительно имущества жены, опекуна относительно имуществъ подопечнаго, повѣреннаго, фактическаго

---

[1]) *Laurent,* princires de droit civil, t. 32, § 299.
[2]) *Troplong,* Droit civil expliqué, de la préscription, t. I. § 239.
[3]) *Laurent,* principes do droit civil, t. 32, § 263.
[4]) *Troplong,* Droit civil expliqué eod. § 471.

представителя (negotiorum gestor) и т, д. [1]). Перечитывая длинный списокъ прекаристовъ въ современномъ французскомъ правѣ, мы выносимъ представленіе о широкой распространенности изучаемаго нами института, предѣлы котораго еще болѣе раздвигаются у Лорана, который говоритъ, что „въ нашемъ современномъ правѣ еще существуютъ владѣльцы, которыхъ можно уподобить прекарнымъ владѣльцамъ римскаго права. Государство, провинціи, общины могутъ концедировать частнымъ лицамъ пользованіе участками земли, входящими въ составъ государственной собственности. Это владѣніе будетъ прекарно относительно концедента, который всегда можетъ его отмѣнить. Но концессіонеръ имѣетъ право относительно третьихъ лицъ, противъ которыхъ онъ можетъ проявить свое владѣніе посредствомъ владѣльческихъ исковъ. Нечего говорить, что онъ не можетъ имѣть никогда давностнаго владѣнія, потому что государственная собственность не подлежитъ дѣйствію давности“ [2]).

Давностнаго владѣнія не имѣютъ также всѣ тѣ лица, которыхъ относитъ Тролонъ къ числу прекаристовъ по дѣйствующему французскому праву [3]). Ихъ связываетъ одно общее свойство, а именно—ихъ прекарное интердиктное владѣніе. Но послѣднее неодинаково для того круга лицъ, которыхъ перечисляетъ Тролонъ [4]) и того особеннаго рода прекаріума въ современномъ французскомъ правѣ, на который указываетъ Лоранъ въ послѣдней нашей ссылкѣ [5]). Концессіи государства, провинціи, общинъ частнымъ лицамъ земель, составляющихъ „общественную государственную собственность“ [6]) (domaine public de l'etat) Лоранъ считаетъ за сохранившійся въ современномъ правѣ римскій прекаріумъ. Мы видѣли выше, что Данквартъ отмѣчаетъ два вида римскаго прекаріума—

---

[1]) *Troplong,* eod. § 472.

[2]) *Laurent,* Principes du droit civil francais, tome. 32, § 299, въ концѣ.

[3]) *Troptong,* Droit civil expliqué, eod. § 468—9.

[4]) *Troplong,* Droit civil expliqué eod. § 472.

[5]) *Laurent,* Priucipes de droit civil, t. 32 § 299 въ концѣ.

[6]) Выраженіе „domaine public de l'etat“ введено Лораномъ для обозначенія имущества, стоящаго, по своему общественному назначенію, внѣ гражданскаго оборота, и, въ отличіе отъ послѣдняго, онъ называетъ „domaine privé de l'état“— имущество, хотя принадлежащее государству, но стоящее въ оборотѣ. Ср. *Laurent,* Principes de droit civil, t. 6. § 4. стр. 9—10.

„precarium proprietatis“ и „precarium possessionis“ [1]). Къ нимъ относится и отмѣчаемое Лораномъ правоотношеніе между государствомъ, провинціями, общинами и частными лицами на государственное имущество, стоящее въ общественномъ пользованіи. На ряду съ двумя видами римскаго прекаріума современное французское право выработало широко примѣняемое отношеніе, сопровождающее всякаго рода держаніе, детенцію вещей на другое лицо, будетъ ли фактическое господство установлено по договору, напр., отношеніе арендатора, поклажедержателя, или по закону, какъ то владѣніе опекуна имуществомъ подъопечнаго, мужа на имущество жены. Здѣсь для объясненія связи явленій въ правѣ, носящихъ общее наименованіе, но по существу своему различныхъ, припомнимъ данное Данквартомъ объясненіе интердиктнаго владѣнія арендатора [2]). Здѣсь арендаторъ получаетъ не прекарное владѣніе, но ему прекарно предоставляются одни лишь владѣльческіе интердикты ради охраны (custodiae causa).

Мнѣніе Данкварта вполнѣ совпадаетъ съ ученіемъ объ юридической природѣ обладанія имуществомъ арендатора, поклажедержателя, узуфруктуара, которое проводитъ Лоранъ [3]), полемизируя съ Тролономъ, который думаетъ, что прекаристъ въ томъ широкомъ значеніи, которое онъ ему даетъ, имѣетъ юридическое владѣніе [4]).

Въ развитіи своей мысли Лоранъ держится слѣдующаго порядка изложенія.

„Владѣніе предполагаетъ или *обладаніе* (détention) вещью, или пользованіе (jouissance) правомъ. Обладать—это значитъ держать въ своей рукѣ, имѣть въ своей власти; слово пользованіе имѣетъ анологичное значеніе. Въ этомъ смыслѣ владѣніе заключаетъ идею объ обладаніи на правѣ собственности. Слово *обладаніе* имѣетъ еще болѣе широкое значеніе: оно примѣняется къ тому, кто обладаетъ вещью, не имѣя возможности считать себя ея собственникомъ: таковы прекарные владѣльцы, наниматели, арендаторы, даже узуфруктуары и поклажедержатели вещей движимыхъ. Кодексъ говоритъ, что они владѣютъ за другихъ, слѣдовательно

---

1) *Dankwardt,* das Precarium und die Emphyteuse, II.

2) *Dankwardt,* eod. § 14.

3) *Laurent,* eod. t. 32, § 263.

4) *Troplong,* Droit civil expliqué, de la préscription, t. I, § 239.

сами они не владѣютъ, но чрезъ ихъ посредство владѣютъ хозяинъ, собственникъ, поклажедатель, сами же они имѣютъ обладаніе, а не владѣніе".

„Тролонъ доказываетъ, что по ученію кодекса, прекарные обладатели суть также владѣльцы, такъ что всякое обладаніе будетъ владѣніемъ. Правда, что кодексъ не имѣетъ послѣдовательности римскаго права, тѣмъ не менѣе онъ не смѣшиваетъ того, что старательно отличали въ римскомъ правѣ и въ старомъ правовѣдѣніи—*владѣніе* и *обладаніе*. Первоначально надо привести ученіе старыхъ французскихъ юристовъ, которые послужили руководителями французскому законодателю. *Потье* начинаетъ съ различія владѣнія гражданскаго отъ владѣнія естественнаго. Онъ считаетъ владѣніемъ гражданскимъ владѣніе того, кто обладаетъ вещью, какъ пренадлежащею ему на правѣ собственности,—будетъ ли онъ дѣйствительно ея собственникомъ, или онъ будетъ имѣть какое либо основаніе считать себя собственникомъ: таково владѣніе, вытекающее изъ производнаго основанія для права собственности. Владѣніе естественное есть владѣніе того, кто обладаетъ безъ правооснованія, или на иномъ основаніи, нежели на правѣ собственности: таково владѣніе вора, присвоившаго себѣ вещь, секвестрователя. Что касается поклажедержателей, ссудопринимателей, арендаторовъ и нанимателей, то они не имѣютъ даже естественнаго владѣнія на вещи, имъ ввѣренныя, данныя въ ссуду, аренду, наймы, ибо предполагается, что они держатъ эти вещи не на свое имя, но на имя тѣхъ кто имъ ихъ передалъ, которые и считаются владѣльцами чрезъ нихъ. Если наймодавецъ владѣетъ, то отсюда слѣдуетъ, что наниматель или арендаторъ не владѣютъ, ибо противно природѣ вещей чтобы многіе владѣли одной и той же вещью, каждый въ цѣлости" [1]).

„Тоже самое говоритъ *Дома*.—Простое обладаніе вещью, говоритъ онъ, не называется собственно владѣніемъ. Недостаточно для владѣнія держать вещь и имѣть ее въ своей власти; надо имѣть ее съ правомъ пользованія и распоряженія, какъ бы лицо было ея хозяиномъ или имѣло справедливое основаніе считать себя за него. Ибо тотъ, кто держитъ вещь, не имѣя на это права, если онъ обладаетъ ею вопреки волѣ собственника,—тотъ

---

1) *Pothier*, De la possession, § 2—5.

не есть владѣлецъ, но завладѣвшій, или если это обладаніе основано на волѣ собственника, тогда это обладаніе сохраняетъ за собственниками его владѣніе и здѣсь онъ владѣетъ“ [1]).

Читая приводимыя у Лорана выписки изъ двухъ знаменитыхъ французскихъ цивилистовъ прошлаго столѣтія, гдѣ владѣніе тѣсно связано съ собственностью, мы не можемъ не вспомнить теоріи современнаго нѣмецкаго писателя извѣстнаго профессора римскаго права Рудольфа фонъ Іеринга, высказавшаго положеніе, что владѣніе тамъ, гдѣ собственность, что это есть собственость въ состояніи защиты [2]). Это сближеніе въ пониманіи такихъ замѣчательныхъ представителей научной мысли, какими признаются Потье, Дома, Іерингъ,—одного и того же явленія въ правѣ подкрѣпляетъ его правильность и врѣзываетъ его отчетливо въ сознаніе изучающаго настоящій сложный вопросъ.

На сколько законодательство ниже ясной мысли теоретическихъ писателей доказываетъ дальнѣйшее чтеніе приведеннаго выше мѣста изъ Лорана [3]). „Составители кодекса не воспроизвели различіе владѣнія гражданскаго и естественнаго; и они не довели послѣдовательности до отрицанія качествъ владѣльца за тѣмъ, кто обладаетъ вещью безъ правооснованія. Всякое обладаніе есть владѣніе, лишь бы только обладатель не владѣлъ вещью на прекарномъ основаніи. Послѣ прочтенія ст. 2228 кодекса [4]) ораторъ правительства добавилъ: „это владѣніе чрезъ самого себя или чрезъ другаго есть фактъ, который не можетъ первоначально основать право, но онъ указываетъ на качество собственника“. Слѣдовательно, говоритъ Лоранъ [5]), тотъ, чье обладаніе основано на прекарномъ титулѣ, не имѣетъ владѣнія. Ст. 2236 формально подтверждаетъ это ученіе: „кто владѣетъ за другаго тотъ не можетъ пріобрѣсти вещь давностью, сколько бы време-

---

1) *Domat,* Lois civiles liv. III. tit VII. sect. I. § 8 (стр. 281).

2) *R. v. Ihering,* Ueber den Grund des Besitzesschutzes.

3) *Laurent,* Principes de droit civil, t. 32. стр. 271.

4) Ст. 2228 въ русскомъ ея переводѣ изъ „Собранія гражданскихъ законовъ губерній царства польскаго“ содержитъ слѣдующее постановленіе: „владѣніе есть обладаніе или пользованіе вещью, которую кто либо имѣетъ, или правомъ, которое кто либо осуществляетъ самъ, либо чрезъ посредство другаго лица, обладающаго вещью или осуществляющаго право отъ его имени.“

5) *Laurent,* eod. стр. 271.

ни ни продолжалось его владѣніе". Мы на этомъ остановимся. Законъ говоритъ, что прекарный обладатель *владѣетъ за другаго*, слѣд. *онъ владѣетъ*. Потье напередъ уже отвѣтилъ на это странное возраженіе; „если законъ говоритъ, что прекарные обладатели владѣютъ за другихъ, такъ это для того, чтобы отмѣтить, что это наймодавцы, ссудодатели и поклажедатели, которые владѣютъ чрезъ ихъ посредство. Ст. 2236 прибавляетъ: „посему, арендаторъ, хранитель поклажи, пользовладѣлецъ и всѣ другіе, которые *владѣютъ вещью на основаніи простаго дозволенія собственника* [1]), не могутъ ее пріобрѣсти давностью". Когда законъ говоритъ объ нанимателяхъ, поклажедержателяхъ, узуфруктуаріяхъ, то онъ не говоритъ болѣе, что *они владѣютъ*; онъ говоритъ, что они „détiennent précairement la chose du proprietaire" т. е. „обладаютъ вещью прекарно отъ собственника"; они суть обладатели, а не владѣльцы. Тролонъ ссылается еще на ст. 2228, но то объясненіе, которое онъ долженъ дать этому постановленію, обращается противъ него. Правда законъ характеризуетъ владѣніе, какъ обладаніе, но онъ не говоритъ, что всякое обладаніе есть владѣніе; текстъ закона содержитъ противоположное. Мы можемъ владѣть чрезъ другаго, который обладаетъ вещью на наше имя. Кто эти третьи, которые обладаютъ вещью отъ имени того, кто владѣетъ чрезъ ихъ посредство? Это именно суть прекарные обладатели. Если же собственникъ владѣетъ чрезъ своего нанимателя, то невозможно, говоритъ Потье, чтобы арендаторъ имѣлъ владѣніе. Тролонъ объясняетъ это иначе:

[1]) Нельзя не обратить вниманіе на особенность русскаго перевода ст. 2236 французскаго кодекса, гдѣ выраженія подлиннаго текста—„détiennent précairement la chose du proprietaire" переданы словами—„владѣютъ вещью на основаніи простаго дозволенія собственника". „Détenir" значитъ „обладать" „posseder"—владѣть. На различіи этихъ терминовъ основана дальнѣйшая аргументація Лорана. Мы позволимъ себѣ сдѣлать слѣдующее предположеніе для объясненія русскаго перевода ст. 2236 французскаго гражданскаго кодекса, гдѣ слово „précairement" передано выраженіемъ „простое дозволеніе собственника". Вѣроятно подъ вліяніемъ столь распространеннаго среди русскихъ юристовъ изученія трудовъ Савиньи, редакторы русскаго перевода французскаго кодекса перенесли изъ его изслѣдованія объ Interdictum de precario (Savigny, Das Recht des Besitzes, § 42, стр. 459—61) обозначеніе прекаріума терминомъ „дозволеніе" „Erlaubniss".—Другимъ терминомъ обозначается „прекаріумъ" въ „сводѣ гражданскихъ узаконеній губерній остзейскихъ, гдѣ онъ называется „уступкой" (ст. 3765—3776).

арендаторъ можетъ перенанять, говоритъ онъ, и въ такомъ случаѣ онъ владѣетъ черезъ перенанимателя [1]). По поводу этого объясненія Лоранъ говоритъ: „это не серьезно. Законъ постановляетъ, что собственникъ, который владѣетъ чрезъ того, кто обладаетъ вещью на его имя, слѣдовательно ни наниматель, ни перенаниматель не владѣютъ; наниматель даже не имѣетъ обладанія, такъ какъ перенаниматель обладаетъ вещью и онъ обладаетъ ею не на имя нанимателя, который не имѣетъ владѣнія, но на имя собственника, который одинъ владѣетъ" [2]).

§ 4. Ученіе Савиньи о „выводномъ владѣніи" (Abgeleiteter Besitz), Тролона—о заимствованномъ владѣніи (possession d'emprunt).—Широкое примѣненіе понятія прекаріума въ каноническомъ правѣ (cap. 3 X de precariis, lib. 3, tit 14) и современномъ—code civil, allg. Landrecht für die preussischen Staaten (I Th. 21. Tit. § 231—3), въ русскомъ правѣ (Уст. ссыльн. т. XIV изд. 57 г. и свод. прод. 76 г.), въ сводѣ гражданскихъ узаконеній губерній остзейскихъ (ст. 3765—76).

Савиньи въ книгѣ своей „das Recht des Besitzes" относитъ „прекаріумъ—уступку" къ понятію „выводнаго владѣнія" (Abgeleiteter Besitz) [3]), т. е. такого владѣнія, гдѣ владѣніе предоставляется безъ права собственности. Владѣніе безъ собственности обыкновенно, говорить Савиньи далѣе, предоставляетъ одно лишь обладаніе, но по исключенію оно можетъ создать юридическое владѣніе—jus possessionis, которое онъ именуетъ „выводнымъ владѣніемъ". Никогда съ обладаніемъ вещью не связано юридическое владѣніе въ слѣдующихъ случаяхъ, относимыхъ Савиньи къ первой группѣ: 1) обладаніе управляющаго имѣніемъ, 2) ссудопринимателя, 3) арендатора, 4) обладающаго вещью на основаніи jus in re [4]). Вторую группу правоотношеній „выводнаго владѣнія" образуютъ тѣ случаи, гдѣ обладаніе всегда предоставляется вмѣстѣ съ владѣніемъ. Сюда относятся: 1) владѣніе эмфитевта и 2) залогодержателя [5]); наконецъ третья группа владѣльческихъ отношеній обнимаетъ тѣ юридическія отношенія, гдѣ вмѣстѣ съ обладаніемъ юридическое владѣніе частью предостав-

---

1) *Troplong,* Droit civil expliqué, eod. § 239.
2) *Laurent,* Principes de droit civil, t. 32, стр. 272.
3) *Savigny,* das Recht des Besitzes, § 23 стр. 282.
4) *Savigny,* das Recht des Besitzes стр. 382—393.
5) *Savigny,* eod. § 24.

предоставляется, частью нѣтъ. Къ ней Савиньи причисляетъ: 1) поклажу и 2) прекаріумъ—уступку [1]). Прекаристъ имѣетъ юридическое владѣніе на прекарно предоставленную ему вещь [2]).

Теорія „выводнаго владѣнія" (Abgeleiteter Besitz) Савиньи нашла признаніе въ видоизмѣненномъ впрочемъ видѣ у французскаго писателя Тролона. Послѣдній создаетъ понятіе „заимствованнаго владѣнія" (possession d'emprunt), къ которому причисляетъ владѣніе арендатора, депозиторія, заемщика, секвестрователя, антихрезиста [3]). Но онъ прямо исключаетъ отсюда владѣніе прекарное. Понятіе прекарнаго владѣнія Тролонъ выводитъ изъ сопоставленія положеній о немъ въ римскомъ, каноническомъ и современномъ французскомъ, откуда онъ приходитъ къ тому выводу, что въ современномъ правѣ прекаристъ обладаетъ уступленными ему правами pro suo, какъ хозяинъ, и animo domini [4]). Тролонъ развиваетъ свою мысль слѣдующимъ образомъ. „Во французскомъ правѣ слово прекаріумъ имѣетъ болѣе широкое значеніе, нежели въ римскомъ правѣ. Согласно римскимъ законамъ прекаріумъ былъ дарственный заемъ (prêt gratuit), отмѣняемый по волѣ того, кто его установилъ (l. 1 D. de precario 43. 26); но въ современномъ правѣ прекарнымъ владѣльцемъ называютъ всѣхъ тѣхъ, кто пользуется концессіей, даже неотмѣняемой, причемъ они не всецѣло берутъ все у собственника, но оставляютъ въ его рукахъ преимущественное право, которое концессіонеръ долженъ уважать. *Это расширеніе прекаріума происходитъ изъ каноническаго права*, что явствуетъ изъ главы 3-й титула de Precario въ Decretales (Lib. 3. tit. 14)" [5]). Переходя

---

1) *Savigny,* eod. § 25.

2) *Savigny,* eod. стр. 302—4.

3) *Troplong,* Droit civil expliqué, de la préscription, t. I § 366.

4) *Troplong,* eod. § 365.

5) Cap. III, X (sc. extra decretum Gratiani vagantes decretales, такъ цитируютъ нѣмецкіе писатели decretales Gregorii IX, изданныя въ 1234 году, французскіе же юристы вмѣсто X ставятъ просто decretales, ср. *Arndts,* Lehrbuch der Pandekten § 3 прим. 2, изд. 6-е и *Troplong,* Code civil éxpliqué, de la préscription, t. I. § 365)—de precariis liber III, tit 14 содержитъ слѣдующее постановленіе: „Precarium *a* utendum conceditur, quamdiu patitur, qui concessit. Solvitur quoque obitu ejus, cui concessum est. non *b* etiam concedentis; aut cum ipsum alienari contingit alicui, hoc renovare volenti: quia per conventionem hujus modi non licet rem alienam invito domino possideri. *Porro*

затѣмъ къ дѣйствующему французкому, праву Тролонъ продолжаетъ: „Мы поэтому говоримъ, что узуфруктуаръ, суперфиціарій, эмфитевтъ, узуаръ, хозяинъ сервитута—суть прекарные владѣльцы. Но они таковые только подъ условіемъ уваженія ими тѣхъ правъ, которыя удерживаетъ за собой собственникъ, ибо что касается тѣхъ правъ, которыми они пользуются, то они обладаютъ имъ pro suo, какъ хозяева и animo domini“ [1]). Прекарное владѣніе въ томъ видѣ, какъ оно понимается Тролономъ въ совершенномъ правѣ, соотвѣтствуетъ понятію о juris quasi possessio у Савиньи [2]). Тролонъ примѣняетъ всецѣло римскій прекаріумъ къ болѣе широкому развитію этого института въ современномъ правѣ. Здѣсь его удерживаетъ Лоранъ, который ограничиваетъ практическое дѣйствіе римскаго прекаріума отношеніями, возникающими изъ *концессій*, дѣлаемыхъ государствомъ, городами, общинами частнымъ лицамъ на земли, составляющія „общественную государственную собственность“. Только здѣсь имѣетъ мѣсто юридическое владѣніе прекариста-концессіонера, во всѣхъ другихъ случаяхъ, относимыхъ въ современномъ правѣ къ понятію прекаріума, такого юридическаго владѣнія Лоранъ не допускаетъ. Тролонъ въ построеніи своего ученія держится буквы французскаго кодекса, Лоранъ обращается къ ученію тѣхъ до-кодификаціонныхъ юристовъ (Потье, Дома), мнѣнія которыхъ имѣли вліяніе на составителей французскаго гражданскаго кодекса. Отъ этого у Тролона прекаріумъ имѣетъ широкое примѣненіе въ современномъ правѣ, а у Лорана ограниченное, являясь вымирающимъ институтомъ порожденнымъ концессіями государствъ, городовъ, общинъ общественной, государственной собственности. Тролонъ видитъ особый типъ „договорнаго прекаріума“, созданнаго современнымъ правомъ, тогда какъ Лоранъ держится строго римской теоріи прекаріума, возникающаго изъ концессіи и подходящаго къ двумъ типамъ указаннымъ у Данкварта—precarium proprietatis и precarium possessionis. Но объ этомъ отношеніи Ло-

---

precariae, quae quandoque de ecclesiarum possessionibus fieri solent, non sunt pro voluntate concedentium revocandae“. Подчеркнутое свидѣтельствуетъ о томъ расширенномъ значеніи прекаріума, о которомъ говоритъ Тролонъ относительно каноническаго права.

1) *Troplong,* eod, § 365—6.

2) *Savigny,* das Recht des Besitzes, § 12, стр. 190—6, 7-te Aufl.

ранъ почти ничего не говоритъ, а въ своемъ ученіи о прекаріумѣ въ современномъ правѣ онъ отрицаетъ юридическое владѣніе прекариста. Это владѣніе допускаетъ Тролонъ и въ этомъ отношеніи онъ является выразителемъ того широкаго примѣненія института прекаріума, которое развито въ современномъ правѣ вслѣдъ за каноническимъ правомъ. Подобное распространенное значеніе прекаріума содержится въ правѣ, дѣйствующемъ въ Пруссіи.

Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, I-я часть, 21 титулъ, § 231—233 даетъ слѣдующія опредѣленія о „прекаріумѣ“. Если ни родъ, ни цѣль пользованія, ни его продолжительность не даны, тогда тотъ, кому предоставлено пользованіе, долженъ считаться простымъ держателемъ (§ 231). Эти отрицательные признаки достаточны. Поэтому нѣтъ надобности, чтобы управомочія къ произвольной отмѣнѣ были бы ясно условлены, чтобы имѣть возможность во всякое время потребовать возврата вещи. Такой держатель, говоритъ далѣе Allg. Landrecht, обязанъ во всякое время къ возврату вещи по каждому требованію даровавшаго прекаріумъ (§ 232). Отличительная особенность прекаріума состоитъ въ томъ, что даровавшіе его не намѣревались принять на себя обязательство чрезъ его установленіе. Наконецъ понятіе прекаріума получаетъ въ прусскомъ правѣ весьма широкое примѣненіе въ силу § 233, по которому все постановленное въ §§ 231—2 имѣетъ мѣсто, когда недвижимая вещь или право являются предметомъ договора, а этотъ послѣдній составленъ не на письмѣ. Поэтому въ прусскомъ дѣйствующемъ правѣ всякій неформально совершенный актъ на недвижимое имущество, относительно котораго состоялось договорное соглашеніе между сторонами,—создаетъ прекарное отношеніе къ нему въ лицѣ того, кто этимъ имуществомъ пользуется [1]).

Для настоящаго труда, посвященнаго изученію юридической природы и дѣйствію концессіи, высказанное Лораномъ мнѣніе, что въ современномъ правѣ она одна только создаетъ прекаріумъ въ римскомъ смыслѣ, имѣетъ существенное значеніе. Подъ эту точ-

---

[1]) Русское сводовое право въ этомъ отношеніи держится иного начала. Оно караетъ договаривающихся лицъ, несовершившихъ формальнаго акта о недвижимомъ имуществѣ, составляющемъ предметъ сдѣлки. Ср. *А. Боровиковскій*, Законы гражданскіе съ объясненіями по рѣшеніямъ гражд. кассац. депар. прав. с-та, ст. 1684 и § 1—2 разъясненій.

ку зрѣнія могутъ быть подведены всѣ тѣ громадныя предпріятія, которыя государство, города, общины, не имѣя возможности осуществить ихъ сами, уступаютъ, концедируютъ частнымъ лицамъ. Концессія, являясь признакомъ имущественной слабости государства, города, общины, принужденныхъ прибѣгать къ предпріимчивости, денежнымъ средствамъ и техническимъ знаніямъ частныхъ лицъ, имѣетъ значеніе такого юридическаго акта, который призванъ оказать громадную услугу обществу, удовлетворяя этимъ путемъ важнымъ общественнымъ потребностямъ. Но на ряду съ этой могущественной стороной концессій, устанавливающихъ прекарное—уступочное отношеніе концессіонера на концедированное ему имущество, русское право знаетъ прекаріумъ, предназначенный для удовлетворенія жизненныхъ потребностей лицъ, правомъ приниженныхъ. Здѣсь ссыльно-каторжные, на основаніи „дозволенія" своего начальства, имѣютъ владѣніе безмездное домами, ими на заводской землѣ сооруженными. Такъ что этотъ видъ прекаріума соотвѣтствуетъ понятію „безмездной концессіи" у Данкварта.

Каторжные раздѣляются на три разряда, смотря по строгости налагаемаго на нихъ наказанія. Къ первому разряду принадлежатъ тѣ каторжные, которые осуждены къ работамъ безъ срока или на сроки до пятнадцати лѣтъ (ст. 553 т. XIV. Уст. о ссыльныхъ изд. 1857 г.); ко второму рязряду относятся которжные, назначаемые въ работы въ крѣпостяхъ (ст. 583. eod); къ третьему—осужденные къ работамъ на сроки до четырехъ лѣтъ (ст. 553 п. 2 eod). Уставъ о ссыльныхъ 15-го августа 1845 года (П. С. № 19284) совершенно не касается имущественной правоспособности каторжныхъ втораго разряда, т. е. приговоренныхъ къ работамъ въ крѣпостяхъ, сравнивая ихъ съ „арестантами инженернаго вѣдомства" (ст. 583. eod.). Что касается перваго и третьяго разряда каторжныхъ, то они, съ поступленіемъ въ работы, причисляются къ отряду *испытуемыхъ* и содержатся въ острогахъ (ст. 555. eod.), подвергаясь бритью половины головы (ст. 555 по сводному продолженію къ т. XIV уст. ссыльныхъ изд. 1876 года). Время *испытанія* для каторжныхъ перваго разряда продолжается отъ двухъ до восьми лѣтъ (ст. 569 п. 1. eod.), а для каторжныхъ третьяго разряда—отъ одного до полутора года (ст. 569. п. 2. eod). Каторжные испытуемые никакой имущественной правоспособности не имѣютъ, во все время производащагося надъ ними испытанія. По окончаніи срока испытанія каторжные, доказавшіе покорность

начальству, проявившіе воздержанность, опрятность, трудолюбіе,—перечисляются въ разрядъ *исправляющихся* (ст. 517. eod). Въ теченіи первыхъ трехъ лѣтъ послѣ перечисленія въ разрядъ исправляющихся каторжные перваго разряда, и въ теченіи года—каторжные третьяго разряда не имѣютъ никакой имущественной правоспособности (ст. 577. eod). По прошествіи же этихъ сроковъ,—годичнаго и трехлѣтняго, каторжные—исправляющіеся могутъ испрашивать дозволеніе построить на землѣ, принадлежащей къ заводу, гдѣ они находятся на работѣ, для себя домъ (ст. 577 и 787 въ концѣ eod.) Отношеніе исправляющагося—каторжнаго къ дому, имъ сооруженному на заводской землѣ, имѣетъ, на основаніи устава о ссыльныхъ 28-го іюня 1845 г. (П. С. № 19132) и дополненія 15-го августа (П. С. № 19284), исключительно только *фактическое значеніе*. Ст. 787 уст. о ссыльн. прямо постановляетъ что „ссыльно-каторжнымъ, доколѣ не будутъ обращены въ рязрядъ поселенцевъ, вообще ни въ какомъ случаѣ и ни подъ какимъ предлогомъ,—пріобрѣтеніе и пользованіе недвижимой собственностью не дозволяется“. Слѣдовательно исправляющійся каторжный не имѣетъ ни права собственности, ни права пользованія и владѣнія на сооруженный имъ на заводской землѣ домъ; поэтому его отношеніе къ нему можетъ быть только просто фактическое. Въ этомъ отношеніи 16-го іюня, 1860 года (П. С. № 35935) послѣдовало измѣненіе въ пользу расширенія имущественной правоспособности исправляющихся каторжныхъ, получившихъ, по истеченіи законныхъ сроковъ нахожденія ихъ въ положеніи исправляющихся, право строенія на заводскихъ земляхъ. Положеніе 16-го іюня 1860 года вошло въ составъ ст. 787 уст. о ссыльныхъ по продолженію изд. 1876 года. Здѣсь упоминается объ *одномъ* случаѣ, когда преступникамъ, находящимся въ каторжной работѣ, до обращенія ихъ въ разрядъ ссыльно-поселенцевъ *владѣніе недвижимою собственностью дозволяется*. Сюда новый законъ относитъ владѣніе каторжника домомъ, построеннымъ имъ на землѣ, принадлежащей заводу, гдѣ они находятся въ работѣ. Исправляющійся каторжный имѣетъ „владѣніе недвижимою собственностью“, т. е. домомъ на чужой (заводской) землѣ построеннымъ.

Фактическій характеръ отношенія каторжнаго исправляющагося къ дому, имъ сооруженному на заводской землѣ, по опредѣленію уст. о ссыльныхъ изд. 1857 и владѣльческій характеръ этого от-

ношенія по сводному продолженію къ уст. о ссыльныхъ (ср. ст. 787 уст. о ссыльн. изд. 57 г. и ст. 787 по сводн. прод. изд. 76 г.) нашли свое выраженіе въ той разницѣ, которая въ сводѣ законовъ и въ сводномъ къ нему продолженіи замѣчается относительно правъ распоряженія каторжнаго домомъ на заводской землѣ. По своду онъ не имѣетъ никакого права распоряженія (ст. 788 уст. о ссыльныхъ изд. 57 г.); въ сводномъ же продолженіи за ними признается „право переуступки такого имущества другимъ лицамъ“, но только „по особо уважительнымъ причинамъ“ (ст. 788 сводн. прод. Уст. о ссылн. изд. 76 г.). Вслѣдствіи того, что по своду 57 года отношеніе каторжнаго къ дому на заводской землѣ есть простой фактъ, послѣ его смерти домъ его по наслѣдству не переходитъ, но или обращается въ вѣдомство завода, или поступаетъ на сломъ въ пользу пережившихъ жены, дѣтей и иныхъ нисходящихъ. (Ст. 789 уст. ссыльн. 57 г.) Наоборотъ въ ст. 789 своднаго продолженія изд. 76 г. въ уст. о ссыльн. „право наслѣдства по закону“ жены, дѣтей и иныхъ родственниковъ, а не только нисходящихъ, — относительно дома, на заводской землѣ построеннаго, признается въ полной силѣ.

Изъ представленнаго очерка имущественной правоспособности ссыльно-каторжныхъ становится очевиднымъ, что только каторжные, по прошествіи отъ однаго до трехъ лѣтъ пребыванія ихъ въ разрядѣ исправляющихся, по нынѣ дѣйствующему сводному продолженію къ уст. о ссыльн. изд. 76 г. получаютъ право владѣть, переуступать и передавать по наслѣдству дома, ими на заводской землѣ сооруженные. Всѣ эти акты находятся подъ непрерывнымъ воздѣйствіемъ со стороны начальства. Для установленія владѣнія каторжнаго-исправляющагося нужно „*дозволеніе*“, переходъ его недвижимаго имущества совершается по „*распоряженію*“ начальства, наслѣдники его съ „*разрѣшенія*“ заводскаго начальства остаются на жительствѣ въ возведенномъ имъ строеніи (ст. 787—9 сводн. прод. уст. о ссыльн. изд. 1876 г.) Всѣ эти „односторонніе“ акты со стороны начальства напоминаютъ „безмездныя уступки“ у Данкварта, „дозволеніе“ (Erlaubniss) у Савиньи. Владѣніе каторжнаго возведеннымъ имъ домомъ соотвѣтствуетъ владѣнію прекариста. Постоянность, безсрочность и безвозмездность отношенія каторжнаго къ его недвижимому имуществу переноситъ признаки римскаго прекаріума на поземельныя отно-

шенія лицъ, подвергшихся умаленію своей правоспособности. Вѣдомство завода, на землѣ котораго дозволено каторжному поставить строеніе, становится относительно его концедентомъ, рогатусомъ.

По окончаніи сроковъ, положенныхъ по судебнымъ приговорамъ, каторжные перваго и третьяго разряда, т. е. осужденные къ работамъ въ рудникахъ и на заводахъ, не подвергшіеся во все время взысканіямъ,—освобождаются вовсе отъ работъ и переходятъ въ разрядъ поселенцевъ. Осужденные въ каторжную работу безъ срока могутъ быть освобождены отъ работъ не иначе, какъ съ утвержденія высшаго начальства Восточной Сибири, и, во всякомъ случаѣ, не прежде истеченія двадцати лѣтъ со дня поступленія ихъ въ каторгу“ (ст. 602 уст. о ссыльн. изд. 57 г.). Правоспособность ссыльно-поселенцевъ по правиламъ 29 апр. 1859 г. (П. С. № 34437), вошедшимъ въ составъ ст. 774—5 своднаго продолженія къ Уст. о ссыльн. изд. 76 года расширена до такой степени, что имъ предоставляется, и прежде перечисленія въ государственные крестьяне, покупать на свое имя земли и дома въ предѣлахъ волости, гдѣ они приписаны, или города, если пробыли въ немъ не менѣе трехъ лѣтъ. Въ примѣчаніи къ ст. 775 сводн. продолж. къ Уст. о ссыльн. изд. 76 г. говорится, что отношеніе ссыльно-поселенцевъ къ купленной ими землѣ въ волости или городѣ имѣетъ значеніе ихъ *собственности*. Установленіе, пріобрѣтеніе ея находится въ зависимости отъ волостнаго начальства, городской и окружной полиціи (ст. 774 eod), но это ограниченіе имѣетъ значеніе административнаго только стѣсненія, ибо въ приведенной статьѣ говорится только о томъ, что пріобрѣтеніе должно быть совершенно съ „вѣдома“ названныхъ учрежденій и ничего не добавлено о необходимости съ ихъ сторонъ „дозволенія“. Поэтому отношеніе ссыльнопоселенцевъ къ пріобрѣтенной ими недвижимости до перечисленія ихъ въ составъ государственныхъ крестьянъ имѣетъ значеніе права собственности и ближайшему разсмотрѣнію здѣсь не подлежитъ.

Въ „сводѣ гражданскихъ узаконеній губерній остзейскихъ“ прекаріумъ не имѣетъ того широкаго значенія, какъ это мы видѣли во французскомъ code civil. Онъ здѣсь понимается въ смыслѣ „безмездной передачи вещи во владѣніе и неограниченное употребленіе подъ условіемъ возврата во всякое время по востребо-

ванію“ (ст. 3765 свода гражд. узакон. губ. остзейскихъ). Передача „владѣнія и неограниченнаго употребленія“ отличаетъ остзейскій прекаріумъ отъ французскаго, сближая его съ тѣмъ ограниченнымъ его пониманіемъ, которое установлено было въ римскомъ правѣ. Ст. 3765 св. гр. узак. губ. остз. ссылается на l. 1, l. 2 § 3 D. de precario, 43, 26, откуда она заимствуетъ свое содержаніе. Остзейскій прекаріумъ передаетъ прекаристу „владѣніе“, чего не допускаетъ право французское, относящее къ числу прекаристовъ нанимателя, опекуна, поклажедержателя, узуфруктуара т. п.; далѣе оно передаетъ ему „неограниченное употребленіе“, обособляя институтъ „уступки (precarium). въ самостоятельное правоотношеніе, тогда какъ по французскому праву прекарное владѣніе является спутникомъ другихъ правоотношеній по найму, поклажѣ, опекѣ и т. п., входя въ ихъ составъ, какъ одинъ изъ ихъ моментовъ.

Постановленіе общее объ прекаріумѣ, содержащееся въ ст. 3765 св. гр. уз. губ. остз., находитъ свое подтвержденіе въ двухъ слѣдующихъ статьяхъ, гдѣ точнѣе опредѣляются: 1) „владѣніе“ прекариста „получившій вещь по уступкѣ становится не только ея держателемъ, но и „*владѣльцемъ*“ (ст. 3768 eod.) и 2) степень „неограниченнаго употребленія“: „получившій вещь не обязанъ возвращать собранныя съ нея плоды и полученную инымъ образомъ прибыль (ст. 3772 eod.); въ случаѣ утраты вещи, поврежденія или погибели, прекаристъ обязанъ вознаградить за нея при уличеніи его въ недобросовѣстности (dolus) и грубой неосмотрительности (culpa lata), но со времени предъявленія уступившимъ иска о возвратѣ (interdictum de precario) прекаристъ отвѣчаетъ за всякую свою вину (omnis culpa), не исключая легкой неосторожности“ (ст. 3773 eod.) Уступка (precarium) безсрочна по законамъ остзейскимъ, также какъ и въ римскомъ правѣ (ст. 3771 eod. и l. 4. § 4, l. 5 D. de precario 43. 26); равно она не переходитъ по наслѣдству къ преемникамъ прекариста (ст. 3776 eod. и l, 12 § 1 D. eod). Но включеніе въ сдѣлку о прекаріумѣ постановленія о срокѣ (ст. 3770 eod. l. 12 pr. D. de precario 43, 26) а также о наслѣдственномъ его переходѣ на преемниковъ прекариста (ст. 3776 eod. l. 8 § 8 D. eod) не уничтожаетъ прекарнаго значенія въ правоотношеніи, по которому передано „владѣніе и неограниченное употребленіе вещью“.

Предметомъ уступки, по своду гражданскихъ узаконеній губерній остзейскихъ, могутъ быть вещи движимыя и недвижимыя, а также сервитуты (ст. 3766 eod, l. 4 pr., l. 10, l 14 D. eod: для вещей; l. 3. l. 15 § 2 D. eod: для сервитутовъ).

Наконецъ въ сводѣ остзейскомъ „уступка" отнесена къ разряду договорныхъ отношеній; Ст. 3765 eod прямо называетъ „уступку—договоромъ". Напомнимъ, что большиинство нѣмецкихъ юристовъ точно также считаютъ „precarium" за договоръ. Въ недавнее время Данквартъ сдѣлалъ иное построеніе понятія о „consessio", считая ее за „одностороннее дозволеніе концедента", которое, какъ дозволеніе, ничего не передаетъ концессіонеру, но послѣдній одностороннимъ же актомъ овладѣваетъ вещью или сервитутомъ, ему концедированнымъ.

Имѣя въ виду изучить значеніе „концессіи" въ современномъ правѣ, гдѣ она примѣняется при уступкѣ государствомъ, общинами, провинціями, частными лицами земель, составляющихъ государственную общественную собственность (domaine public de l'état у Лорана), мы необходимо должны остановится на ближайшемъ изученіи однаго лишь римскаго прекаріума, не вдаваясь въ подробное разсмотрѣніе тѣхъ особыхъ видовъ „уступокъ", которыя расширили первообразный римскій институтъ. Основаніемъ для дальнѣйшаго развитія нашего изслѣдованія служитъ мнѣніе бельгійскаго профессора Лорана, допускающаго примѣненіе положеній о римскомъ прекаріумѣ только для указанныхъ выше отношеній по общественнымъ и государственнымъ концессіямъ [1]).

§ 5. Дѣйствіе прекаріума—уступки: 1) непосредственное, вытекающее изъ концессіи и 2) посредственное,—изъ habere rem vel servitutem precario. Непосредственное дѣйствіе прекаріума создаетъ владѣніе концессіонера.— „Выводное владѣніе" у Савиньи, „одностороннее овладѣніе" у Данкварта. — Ficta possessio рогатуса и дѣйствительное владѣніе прекариста по ученію Данкварта, das Precarium und die Emphyteuse § 16—Источники римскаго права допускаютъ „двойственное владѣніе".—Практическое значеніе „двойственнаго владѣнія".—Интердикты прекариста, управомочія собственности (Eigenthumsbefugnisse).—Прекаріумъ сервитутовъ.—Владѣніе прекариста въ современномъ правѣ (Лоранъ, Тролонъ).

Подъ дѣйствіемъ прекаріума —уступки мы понимаемъ, во первыхъ, отношеніе прекариста, роганса, концессіонера къ собствен-

---

[1]) *Laurent,* Principes de droit civil t. 32 § 299.

нику вещи, рогатусу, концеденту и, во вторыхъ, особенности владѣльческаго отношенія концессіонера къ вещи, данной ему прекарно. Это дѣйствіе распадается на непосредственное, вытекающее изъ концессіи и на посредственное, являющееся слѣдствіемъ habere rem vel servitutem precario. Непосредственное дѣйствіе прекаріума—уступки создаетъ владѣльческое отношеніе прекариста—концессіонера, посредственное—опредѣляетъ его положеніе относительно собственника концедента. Такимъ образомъ мы можемъ систематизировать дальнѣйшее наше изслѣдованіе подъ двѣ рубрики—I, дѣйствіе прекаріума уступки и II дѣйствіе habere precario, пріурочивая его къ вышеотмѣченнымъ моментамъ прекаріума на стр. 7.

I. Непосредственное дѣйствіе прекаріума—уступки.

Продолжительность, безсрочность, прекаріума—уступки имѣетъ существенное для него значеніе [1]), хотя прекаріумъ можетъ быть установленъ на опредѣленное время [2]), но этотъ срокъ не имѣетъ того значенія; что съ его наступленіемъ прекаріумъ долженъ прекратиться; наоборотъ здѣсь допускается его возобновленіе [3]). Введеніе въ прекаріумъ—уступку срока въ значеніи времени, по истеченіи котораго онъ долженъ прекратиться, уничтожаетъ самое понятіе о прекаріумѣ [4]).

Вслѣдствіе того, что прекаріумъ—уступка необходимо направлена на установленіе продолжительнаго отношенія, прекаристъ получаетъ на вещь прекарно данную, — corporis possessio [5]). Савиньи считаетъ владѣніе прекариста за общее правило и относитъ его къ понятію о „выводномъ владѣніи“ (Abgeleiteter Besitz [6]). Наоборотъ Данквартъ думаетъ, что перенесеніе владѣнія на прекариста не имѣетъ значенія существеннаго момента для сдѣлки прекаріума; такъ что если говорятъ о владѣніи прека-

---

[1]) L. 8 § 7 D. de precario 43. 26 „Nonnunquam iu longum tempus precarium conceditur“.

[2]) L. 12 D. h. t.

[3]) L. 4 § 4. D. h. t.

[4]) *Dankwart,* das Precarium und die Emphyteuse § 11 въ концѣ.

[5]) L. 9 § 1 D. de precario 43. 26. „Meminisse autem nos oportet, eum qui precario habet, etiam possidere.

[6]) *Savigny,* das Recht des Besitzes, § 25, стр. 302—4.

риста, то это значитъ, что онъ *можетъ* вступить во владѣніе, или, когда онъ уже владѣетъ, что онъ *можетъ* это владѣніе удержать [1]). Поэтому прекаристъ совершаетъ односторонній актъ вступленія во владѣніе или удержанія его, но онъ *не можетъ* требовать особой передачи ему владѣнія концедентомъ—рогатусомъ. Наоборотъ у Савиньи владѣніе передается въ силу прекаріума [2]).

Положеніе о владѣніи прекариста, отличающее его отъ нанимателя, имѣющаго вещь „во владѣніи" (in possesione), не будучи ея „владѣльцемъ (possessor),—создано путемъ юридической интерпретаціи. Чтобы избѣжать искусственнаго построенія о „выводномъ владѣніи" Савиньи, Данквартъ обращается къ изученію источниковъ римскаго права о владѣніи концедента и концессіонера и приходятъ къ тому выводу, что первый имѣетъ только „ficta possessio" [3]), но удерживаетъ право собственности, послѣдній же, т. е. прекаристъ, имѣетъ дѣйствительное владѣніе и содержаніе управомочій, равное собственности [4]). Къ такому выводу Данквартъ приходитъ путемъ сопоставленія и истолкованія противорѣчивыхъ постановленій источниковъ римскаго права по вопросу о владѣніи прекариста и собственника, прекарно данной вещи. Изученію ихъ посвященъ § 16 цитированнаго нами труда Данкварта. Исходя изъ логическаго положенія о томъ, что прекаристъ долженъ смотрѣть на себя во все время существованія прекарнаго отношенія, *какъ на собственника вещи*, *считая ее за подарокъ*, Данквартъ говоритъ, что прекаристъ имѣетъ значеніе „владѣльца вещи". Прекаристъ думаетъ дѣйствительно удержать уступленную ему вещь, поэтому онъ имѣетъ относительно ея если не animus domini, какъ это думаетъ Тролонъ (Droit civil expliqué, de la préscription, t. 1 § 365), то animus rem sibi habendi, — онъ владѣетъ suo nomine. Владѣніе прекариста имѣетъ характеръ интердиктнаго владѣнія (quoad interdicta), а не давностнаго, потому что здѣсь нѣтъ надлежащаго основанія владѣнія

---

1) *Dankwart,* das Precarium und die Emphyteuse, § 16, пр. 3.—„der Precarist *darf* den Besitz ergreifen oder wenn er ihn schon hat,—behalten".

2) *Savigny;* das Recht des Besitzes. § 25, стр. 303: in der Regel wird der Besitz durch Precarium übertragen.

3) *Dankwart,* das Precarium und die Emphyteuse, стр. 307 пр. 1 на стр. 30 въ концѣ.

4) *Dankwart,* eod. § 16, въ концѣ.

(justa causa). Но на ряду съ прекаристомъ владѣніе имѣетъ также и собственникъ вещи, данной прекарно. Такимъ образомъ становится необходимымъ допустить существованіе „двойственнаго владѣнія“ на одну и ту же вещь, со стороны собственника ея и прекариста, которому она уступлена. Предъ этимъ выводомъ римское право не остановилось и оно допустило здѣсь двойственное владѣніе. Въ l. 15 § 4 D. de A. v. A. P. 41. 2 прямо выражено: „placet autem, penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset“ т. е. „однако допускается, что человѣкъ, данный прекарно, принадлежитъ обоимъ“. Въ пользу двойственнаго владѣнія на одну и ту же вещь концедента и прекариста служитъ также мнѣніе *Пухты* [1]), который говоритъ, что interdictum de precario не вполнѣ правильно причисляютъ къ интердиктамъ о возвращеніи владѣнія (recuperandae possessionis), такъ какъ концедентъ имѣетъ владѣніе на вещь, прекарно владѣемую концессіонеромъ, и его владѣльческій интердиктъ къ послѣднему нельзя безусловно отнести къ интердиктамъ о возвращеніи владѣнія, *котораго концедентъ не лишался*. Выше приведенное положеніе Помпонія явилось результатомъ двухъ разнорѣчивыхъ мнѣній среди римскихъ юристовъ, изъ которыхъ одни — Сабинъ и Требацій — допускаютъ двойственное владѣніе прекариста — концессіонера и рогатуса — концедента на одну и ту же вещь, другіе же Лабео и Павелъ, держась строгой юридической послѣдовательности, не признаютъ этого. Вотъ самые противорѣчивые тексты источниковъ римскаго права.

L. 3 § 5 D. de A. v. A. P. 41. 2.

Sabinus tamen scribit, qui precario dederit et *ipsum possidere* et eum, qui *precario acceperit*. Idem Trebatius probabat, existimans, posse alium juste, alium injuste possidere, duos juste vel duos injuste non posse“.

L. 3 § 5 eod.

Quem Labeo reprehendit, quoniam in summa non multum intersit, juste an injuste quis possident. Quod est verius. Non magis enim eadem possessio apud duos esse in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu secere videaris“.

Для разрѣшенія противорѣчія въ приведенномъ положеніи римскаго права обратимся къ другимъ свидѣтельствамъ источниковъ по вопросу о владѣніи концедента и концессіонера. Здѣсь мы

1) *Rickter's Iahrbuch*, 1837, Iuliheft, стр. 686, ср. Dankwart, das Precarium und die Emphyteuse, въ Iahrbücher für Dogmatik, Bd. 14 стр. 305, пр. 4 къ § 16.

найдемъ указанія на возможность „двойственнаго владѣнія“ на одну и ту же вещь. Въ l. 15 § 4 D. de precario, 43, 26, говорится о владѣніи прекириста и концедента—собственника: „*penes* eum, qui rogasset, qui possiderat corpore, *penes dominum*, quia non discesserit animo possidere. „У роганса прекариста находится дѣйствительное владѣніе (corpus), у собственника же не прекращается animus damini, и слѣдовательно онъ не утрачиваетъ владѣнія на вещь, данную прекарно.

Данквартъ даетъ слѣдующее объясненіе послѣднему правилу римскаго права. „Основаніе для этого двойственнаго владѣнія концедента и прекариста указываетъ, что въ прекаріумѣ нѣтъ полнаго предоставленія владѣнія со стороны собственника, который слѣдовательно имѣетъ значеніе не только юридическаго владѣльца (civiliter), но также естественнаго (naturaliter). Съ другой же стороны нельзя отрицать, что прекаристъ владѣетъ физически вещью (corporaliter) и на свое имя (suo nomine), потому что онъ долженъ смотрѣть на нее впредь до дальнѣйшаго, какъ на *подаренную*“. [1])

---

[1]) *Dankwart*, eod. § 16. Въ русской юридической литературѣ недавно высказано было прямо противоположное ученіе о характерѣ владѣнія рогатуса и прекариста. Профессоръ римскаго права въ новороссійскомъ университетѣ *Д. И. Азаревичъ* въ изслѣдованіи своемъ „прекаріумъ по римскому праву“ (Ярославль, 1877) говоритъ: „принимая владѣніе въ техническомъ смыслѣ, какъ юридическое отношеніе къ вещи, т. е. такое отношеніе, съ которымъ соединяются послѣдствія юридическаго владѣнія, въ разсматриваемомъ положеніи (т. е. l. 19 pr. D. 41. 2) вообще нельзя видѣть допущенія compossessionis plurium in solidum, въ примѣненіи же къ сторонамъ при прекаріумѣ justus possessor будетъ precario dans, а injustus, т. е. простой detentor, precario accipiens, которому и не предоставляется никакихъ средствъ защиты противъ перваго. Выходя изъ сказаннаг, легко объяснить и мѣсто изъ Помпонія l. 15 § 4. D. 43. 26. Толкованію этого фрагмента посвящена цѣлая монографія *Hagen*, Ueber den nach l. 15 § 4 D. 43. 26. stattfindenden Besitz des precario rogans und des rogatus (Hamm. 1840). Юристъ, очевидно понимаетъ владѣніе precario dantis и precario accipientis такимъ образомъ, что первый оставляетъ за собой владѣніе animo, а второй corpore, что въ сущности сводится къ тому, что юридическимъ владѣльцемъ остается только precario dans, а precario accipicus является простымъ detentor'омъ которому дѣлается простая cessio поссессорныхъ интердиктовъ, которыми онъ охраняетъ владѣніе precario dantis, дополняя тѣмъ corpore его animus domini (*Fitting*, Archiv für civ. Praxis, Bd. 55. стр. 312). Ср. далѣе *Д. Азаревичъ*, eod. стр. 63—86.

Такъ какъ въ трудѣ почтеннаго профессора *Д. И. Азаревича* о прекаріумѣ

Понятіе „двойственнаго владѣнія“ находитъ прямое подтвержденіе и признаніе въ римскомъ правѣ. Ульпіанъ говоритъ о „двойственномъ владѣніи“, какъ о рѣшонномъ вопросѣ. L. 3 pr. D. uti possidetis, 43. 17 даетъ такое постановленіе: „si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum.... si quis proponeret possessionem justam et injustam, ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam, si a me possides ego superior sum in interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur; *nom et tu possides et ego*“. Послѣднія слова — „nam et tu possides et ego“ не оставляютъ никакого сомнѣнія относительно допущенія въ римскомъ правѣ „двойственнаго владѣнія“. Практическое его значеніе говоритъ Данквартъ, состоитъ въ томъ, что здѣсь владѣльческіе интердикты имѣютъ собственникъ и прекаристъ [1]). Но допуская „двойственность владѣнія“ на одну и ту же вещь рогатуса-концедента и прекариста-концессіонера, Данквартъ останавливается предъ тѣми крайними выводами, къ которымъ здѣсь приходятъ Сабинъ и Требаціи, но ограничивается тѣмъ, что, признавая владѣніе за собственникомъ вещи, переданной въ прекаріумъ, онъ думаетъ, что *precario dans* есть только *fictus possessor*. Споръ и возраженіе Лабео и Павла противъ Сабина и Требація направленъ не противъ фиктивности владѣнія концедента, но относится къ естественной его невозможности: „non magis enim eadem possessio apud duos esse in eo loct, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris“ [2]).

L. 3 § 5 D. de A. v. A P. 41. 2, понимаемая въ смыслѣ двухъ естественныхъ владѣній, совмѣстно существующихъ на одну и туже вещь, конечно должна быть признана, какъ недопускающая ихъ; нисколько не убѣдительна аргументація Помпонія въ l. 15 § 4 de precario, 43. 26, который думаетъ установить двойственное владѣніе не на фикціи, но на естественномъ понятіи владѣнія. Противорѣчіе l. 3 § 5 D. de A. vel A. P. 41. 2 и l. 15 § 4 de precario 43. 26 можетъ быть, однако, примирено, если въ пользу допущенія „двойственнаго владѣнія“ изъ всего текста послѣдняго

изслѣдованіе Данкварта упоминается лишь вскользь напр. въ пр. 4 на стр. 80, то мы думаемъ, что болѣе подробное знакомство съ ученіемъ Данкварта найдетъ признаніе среди русскихъ ученыхъ.

1) *Dankwart*, eod. стр. 306. пр. 1.

2) L. 3 § 5 D. de A. v. A. P. 41. 2.

закона мы оставимъ слово „placet“, на которомъ держится ученіе Помпонія о совмѣстномъ владѣніи собственника вещи, данной въ прекаріумъ и прекариста, ею владѣющаго, а l. 3 § 5 D de A. v. A. P. 41. 2 мы примемъ не въ значеніи „двойственнаго естественнаго владѣнія“, но роздвоеніе отнесемъ на признаніе собственника фиктивнымъ владѣльцемъ, прекаристу же дадимъ естественное владѣніе [1]). Въ той степени, въ которой Сабинъ и Требацій думали установить, что собственникъ прекарно отданной вещи имѣетъ на нее естественное владѣніе, Данквартъ съ ними не соглашается и примиряетъ ихъ ученіе съ теоріей Лабео и Павла о несовмѣстности двухъ владѣній на одну и туже вещь чрезъ посредство текста источниковъ римскаго права, гдѣ двойственное владѣніе одобряется,—„placet“ у Помпонія (l. 15 § 4 D. de precario 43. 26), но понимаетъ онъ это „двойственное владѣніе“ въ томъ смыслѣ, что собственникъ прекарно уступленной вещи имѣетъ на нее ficta possessio,—фактическое же владѣніе поступаетъ къ концессіонеру, который имѣетъ „дѣйствительное владѣніе и содержаніе управомочій, а не право, равное собственности“. На основаніи римской практики, говоритъ въ заключеніи замѣчательнаго § 16 своего изслѣдованія „объ прекаріумѣ и эмфитевзисѣ“ Данквартъ, собственникъ удерживаетъ владѣльческіе интердикты, имѣетъ ихъ также прекаристъ: l. 17. de precario, 43. 26. qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes uti potest“. Прекаристъ не имѣетъ владѣльческаго интердикта только противъ собственника. „Дать такой интердиктъ было бы нелѣпо, такъ какъ собственникъ могъ бы тотъ часъ же его уничтожить чрезъ отмѣну прекаріума“ [2]).

Непосредственное дѣйствіе прекаріума, создавая владѣльческое отношеніе прекариста—концессіонера къ вещи, уступленной ему собственникомъ, не ограничивается предоставленіемъ ему владѣльческихъ интердиктовъ для защиты его юридическаго владѣнія,—„выводнаго владѣнія“ у Савиньи,—„дѣйствительнаго владѣніе“ у Данкварта, „владѣнія suo nomine“ у Тролона. Прекаристъ въ правѣ осуществлять „управомочія собственности“ (Eigenthums-befügnisse). Какъ слѣдствіе этого „управомочія собственности“, принадлежащаго прикаристу, онъ имѣетъ право, во-первыхъ,

---

1) *Dankwart*, das Precarium, стр. 307 и пр. 1 къ стр. 306.

2) *Dankwart*, eod. стр. 307 пр. 2.

осуществлять сервитуты, принадлежащіе вещи; во вторыхъ, до введенія interdictum de precario въ римскомъ правѣ, уподобленіе прекариста собственнику было такъ велико, что онъ не отвѣчалъ за поврежденія вещи [1]); въ третьихъ, прекаристъ въ силу своего владѣнія—jure domini имѣетъ право на отдѣленные плоды вещи, подобно bonae fidei possessor'у [2]). Далѣе этого не идетъ „управомочіе собственности" (Eigenthumsbefügnisse) прекариста. Онъ не имѣетъ права отчуждать вещь, данную ему прекарно, въ противномъ случаѣ онъ отвѣчаетъ, какъ dolo desiens possidere [3]).

До сихъ поръ мы говорили только о непосредственномъ дѣйствіи прекаріума относительно вещей тѣлесныхъ, уступленныхъ ихъ собственникомъ концессіонеру; намъ остается еще упомянуть о прекарно предоставленномъ сервитутѣ. Прекаристъ сервитута имѣетъ на него juris quasi possessio: „Подобно тому, какъ дѣйствительное владѣніе состоитъ въ осуществленіи собственности, точно также по его образцу составленное владѣніе сервитутами заключается въ осуществленіи jus in re; и такъ какъ въ дѣйствительномъ владѣніи владѣютъ вещью (possessio corporis), но не собственностью, то здѣсь не должно было бы быть рѣчи о владѣніи сервитутомъ (possessio juris). Но такъ какъ мы не имѣемъ другаго слова, съ которымъ мы могли бы здѣсь связать владѣніе, подобно тому какъ оно связано въ правѣ собственности съ вещью, то не остается ничего другаго, какъ принять это неточное выраженіе: при этомъ не должно никогда забывать, что оно въ самомъ дѣлѣ неточное выраженіе и что оно не должно ничего означать иного, какъ осуществленіе jus in re, которое относится къ jus in re точно также, какъ собственно владѣніе относится къ собственности. Римскіе юристы все это весьма ясно себѣ представляли: только такимъ образомъ объясняется, почему ихъ словоупотребленіе здѣсь кажется столь колеблющимся. Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ здѣсь даже совершенно отрицается possessio [4]) въ другихъ владѣніе прямо принимается [5]), наконецъ то осо-

---

1) *Dankwart* eod. § 17.

2) *Dankwart* eod. стр. 308.

3) *Dankwart*, eod. стр. 307.

4) „Neque ususfructus, neque usus possidetur, sed magis tenetur" L. 1 § 8 quod legat.

5) Ius fundi possedisse" l. 7 D. de itin. 17.

бенное, что содержится въ этомъ словоупотребленіи, обозначается чрезъ quasi possidere, quasi in possessione esse". [1]).

Какъ бы владѣніе правами (juris quasi possessio) примѣняется къ владѣльческому отношенію прекариста на уступленный ему сервитутъ въ томъ смыслѣ, что онъ имѣетъ интердикты противъ третьихъ лицъ. Мало того, онъ въ правѣ вещью пользоваться такъ, какъ будто на нее былъ установленъ сервитутъ [2]).

Переходя отъ римскаго права къ современному, мы встѣчаемся съ неменьшимъ разнорѣчіемъ въ взглядахъ на свойства владѣнія собственника—рогатуса и прекариста—концессіонера.

Уже въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ прекаристъ имѣлъ только одно обладаніе уступленной ему вещью концедентомъ [3]). Вслѣдствіе же расширенія понятія прекаріума въ кононическомъ правѣ [4]) на такого рода отношенія, которыя не подлежали отмѣнѣ по усмотрѣнію концедента—рогатуса, сюда вошли такія отношенія, продолжительность осуществленія которыхъ допускаетъ примѣненіе владѣнія. Но это владѣніе квалифицировалось въ римскомъ правѣ, какъ quasi juris possessio [5]), теперь оно становится прекарнымъ [6]). Только въ недавнее время бельгійскій ученый, профессоръ гентскаго университета Лоранъ, сдѣлалъ попытку вернуть инситутъ прекаріума къ его ограниченному значенію въ римскомъ правѣ [7]). Только за концессіонерами общественныхъ предпріятій въ современномъ правѣ признаетъ Лоранъ значеніе прекаристовъ, подобное римскимъ „rogans". Такой концессіонеръ имѣетъ право относительно третьихъ лицъ, противъ которыхъ онъ можетъ проявить свое владѣніе посредствомъ владѣльческихъ исковъ [8]).

Договорный прекаріумъ современнаго права можетъ создать

---

[1]) *Savigny*, das Recht des Besitzes, § 12, стр. 192—3.

[2]) *Dankwart*, das Precarium, § 18.

[3]) Прекаристъ имѣетъ простую детенцію въ силу l. 33 § 6 D. de usurp. 41. 3 Sed etsi utrumque intercesserit et precario rogatio et conductio, intelligitur creditor possidere et precario rogatio non in hoc interponitur, ut debitor possessionem habeat, sed ut ei tenere rem liceat.

[4]) Cap. III, X de precariis, lib. III, tit. 14.

[5]) *Savigny*, das Recht des Besitzes, § 12.

[6]) *Traplong*, droit civil explique, de la prescription, l. 1 § 365.

[7]) *Laurent*. Principes de droit civil français, t. 32. § 299.

[8]) *Laurent*, eod. l. 32. § 299.

только „заимственное владѣніе“ (possession d'emprunt у Тролона [1]) или „уступку владѣльческихъ интердиктовъ“ (у Савиньи [2]) или „прекарное предоставленіе интердиктовъ custodiae causa“ (у Данкварта [3]) въ пользу тѣхъ держателей вещи, по договору имъ предоставленной въ пользованіе, обладаніе которыхъ подвергается нарушенію со стороны третьихъ лицъ. Сюда относится обладаніе лицъ, 1) перечисленныхъ въ ст. 2236 code civil, о которыхъ говорится что они détiennent précairement, т. е. наниматель, депозитарій, узуфруктуаръ и др.; 2) указанныхъ въ 1-й части 21 титулъ, § 233 allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, гдѣ къ прекарнымъ владѣльцамъ относятся обладатели недвижимыхъ имуществъ, перешедшихъ къ нимъ по договору, который составленъ не въ письменной формѣ.

§ 6. Отношеніе концедента-рогатуса къ концессіонеру-прекаристу. Основаніе отвѣтственности прекариста только за „dolus“ и „culpa lata“. Значеніе interdictum de precario, какъ владѣльческаго иска у Савиньи, личнаго у Данкварта, но съ вещнымъ характеромъ, подобно „actio finium regundorum“ (l. 1 D. de fin. reg. 10. 1) Ближайшее разсмотрѣніе ученія Данкварта о двойственномъ характерѣ interdictum de precario. Отличіе int. de precario отъ rei vindicatio и actio negatoria. Введеніе для прекаріума actio praescriptis verbis и отличіе ея отъ interdictum de precario. Продленіе, возобновленіе и прекращеніе прекаріума.

II. Дѣйствіе „habere precario“.

Прекаріумъ, какъ юридическая сдѣлка, имѣетъ значеніе учредительнаго акта, устанавливающаго „управомочія“ (Befugnisse) прекариста, но онъ не создаетъ никакихъ для него обязательствъ, будучи простой концессіей, т. е. дозволеніемъ [4]). Только въ силу преторскаго эдикта „habere rem vel servitutem precario“ или „precaria possessio“ становится основаніемъ обязательнаго отношенія прекариста къ рогатусу [5]).

На это обязательственное отношеніе обращаетъ вниманіе

---

1) *Tropolong*, droit civil explique, de la prescription, t. l. § 366i

2) *Savigny*, das Recht des Besitzes, § 23. стр. 284.

3) *Dankwart*, das Precarium und die Emphyteuse, § 14.

4) *Savigny*, das Recht des Besitzes, § 42 стр. 459—61 „Erlaubniss“ ср. также русскій переводъ ст. 2236 французскаго кадекса, гдѣ выраженіе „précairement“ передано терминомъ „дозволеніе“.

5) *Dankwart*, das Precarium, § 19.

Шмидтъ [1]. который говоритъ, что „obligatio, составляющая предметъ наступающаго правоотношенія, которое образуется чрезъ право давшаго и ему противополагаемаго обязательства принявшаго,—устанавливается въ моментъ предоставленія вещи въ пользованіе: поэтому obligatio прекариста не только возникаетъ изъ шога принимателя, но чрезъ нее нарушается". Приведенное мѣсто изъ книги Шмидта о „ссудѣ и уступкѣ" Данквартъ комментируетъ, говоря, что обязательство прекариста относительно рогатуса устанавливается чрезъ „precario habere", а не путемъ договора и не изъ правонарушенія" [2].

„Habere precario" создаетъ обязательство прекариста, который, во-первыхъ, долженъ возвратить прекарно данную вещь или предоставленный сервитутъ. Поэтому прекаристъ обязанъ сохранить за собой свое владѣніе вещью или quasi juris possessio [3]. Хотя наслѣдникъ прекариста не владѣетъ прекарно, interdictum de precario, имѣвшій мѣсто относительно прекариста, переходитъ на его наслѣдника, какъ самостоятельное требованіе, хотя бы даже наслѣдникъ и не вступилъ во владѣніе прекаріумомъ наслѣдователя [4].

Прекаристъ не только обязанъ возвратить res vel servitus precario data, но онъ, пользуясь въ силу „дозволенія" (Erlaubniss у Савиньи и Данкварта) или „уступки" (по терминологіи свода гражданскихъ узаконеній остзейскихъ) „управомочіями (Befügniss у Данкварта), составляющими содержаніе права собственности, или сервитутовъ, за все время, пока не послѣдовало требованіе со стороны рогатуса о возвратѣ прекаріума,—можетъ отвѣчать лишь за тотъ ущербъ, который причиненъ вещи вслѣдствіе грубой съ его стороны небрежности (culpa lata) или намѣреннаго поврежденія ея (dolus) [5]. Но затѣмъ когда прекаристъ не возвратитъ рогатусу вещи, прекарно данной, по первому его требованію, тогда, въ силу предъявляемой къ нему actio praescriptis verbis, онъ отвѣчаетъ за вредъ, причиненный вещи ему уступленной,

---

[1]) *Schmidt*, Commodatum und Precarium, стр. 107.

[2]) *Dankwart*, das Precarium § 19.

[3]) L. 2 pr D. de precario 43. 26. Praetor ait: quod precario ab alio habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.

[4]) *Dankwart*, das Precarium und die Emphyteuse, стр. 309, пр. 3.

[5]) L. 8 § 3. de precario. 43. 26.

если послѣдній произошелъ послѣ заявленнаго рогатусомъ требованія о возвратѣ, не только намѣрено (dolus), или по грубой небрежности (lata culpa), но также вслѣдствіе простой неосмотрительности (culpa levis) [1]. Переходъ interdictum de precario въ actio praescriplis verbis даетъ основаніе Данкварту отнести его, противно мнѣнію Савиньи [2], не къ владѣльческимъ интердиктамъ, но къ особому виду исковъ личныхъ [3]. Вслѣдствіе различія въ пониманіи юридическаго значенія interdictum de precario у Савиньи и Данкварта, оба названные ученые расходятся относительно того момента, когда имѣетъ мѣсто прекарный интердиктъ. Савиньи думаетъ что если вещь, прекарно данная, не будетъ прекаристомъ возвращена по первому требованію рогатуса, *тогда только* становится его владѣніе не законнымъ (vitiosa, injusta possessio) и можетъ быть вытребовапо судебнымъ порядкомъ чрезъ интердиктъ, какъ *насильственное* завладѣніе [4].

Напротивъ, Данквартъ думаетъ, что interdictum de precario есть личный искъ, а не искъ владѣльческій, потому что онъ имѣетъ мѣсто съ момента возникновенія прекаріума, а не тогда только, когда послѣдовалъ отказъ возвратить его [5]. Стороны въ interdictum de precario, какъ въ личномъ искѣ, являются концедентъ-рогатусъ—истцомъ, рогансъ-концессіонеръ — отвѣтчикомъ. Искъ переходитъ на наслѣдниковъ прекариста, которые отвѣчаютъ предъ рогатусомъ за обогащеніе, происшедшее отъ dolus наслѣдодателя. Переходъ на наслѣдниковъ прекариста отвѣтственности за злонамѣренное обогащеніе послѣдняго основано на томъ, что прекаріумъ не есть договоръ, какъ это думаетъ Виндшейдъ [6], Савиньи [7], Мюленбухъ [8], Макельдей [9], Тибо [10], но односто-

1) *Dankwart*, eod, § 22, стр. 315, пр. 1.

2) *Savigny*, das Recht des Besitzes, § 42, стр. 460.

3) *Dankwart*, das Precarium, § 19.

4) *Savigny*, das Recht des Besitzes, § 42, стр. 460: „wird die Sache dennoch nicht zurückgegeben, *so ist nun* der Besitz unrechtlich (vitiosa, injusta possessio) und kann auf ähnliche Weise durch ein Interdict eingeklagt werden, wie der *gewaltsame* Besitz“.

5) *Dankwart*, das Precarium, стр. 310, пр. 5.

6) *Windscheid*, Lehrbuch des Pandekteurechts, Ba. II § 373.

7) *Savigny*, das Recht des Besitzes, § 42.

8) *Müklenbruch*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II § 384.

9) *Makeldey*, Lehrbuch des heutigen röm. R. § 430.

10) *Thibaut*, System, § 557.

роннее дозволеніе, данное рогатусомъ концессіонеру [1]). Послѣднее пониманіе прекаріума даетъ мѣсто отвѣтственности наслѣдниковъ прекариста соразмѣрно его преступности, тогда какъ прекаріумъ въ смыслѣ договора ограничивалъ бы однимъ лицомъ прекариста юридическую его отвѣтственность предъ контрагентомъ—рогатусомъ, ибо прекаріумъ по наслѣдству не переходитъ [2]).

Разногласіе въ пониманіи значенія interdictum de precario между Савиньи и Данквартомъ, если не можетъ быть приведено къ соглашенію, то оно допускаетъ возможность уяснить тотъ порядокъ мышленія, который ихъ привелъ къ противоположнымъ воззрѣніямъ. Эта возможность создается той особенностью intedictum de precario, вслѣдствіе которой онъ, кромѣ свойства иска личнаго, имѣетъ также характеръ иска вещнаго. Такая двойственность природы interdictum de precario не есть что либо безпримѣрное въ догмѣ римскаго права. Actio finium regundorum, соотвѣтствующій нашему русскому судебно-межевому иску [3]), имѣетъ свойства иска вещнаго, хотя онъ есть въ то же время искъ личный. На это двойственное значеніе actio finium regundorum указываютъ непосредственно источники римскаго права. Мы читаемъ въ l. 1 D. de fin. reg. 10. 1. прямое признаніе личнаго и вещнаго характера за искомъ объ разведеніи межъ: „finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione est“.

Относительно interdictum de precario подобнаго прямаго постановленія самихъ источниковъ римскаго права не существуетъ. Но изъ соображенія объ основаніи interdictum de precario, которымъ является только то обстоятельство, что отвѣтчикъ, прекаристъ имѣетъ владѣніе вещью, или какъ бы владѣніе сервитутомъ, управомочія на которые прекарно уступлены рогатусомъ,—мы въ правѣ уподобить interdictum de precario съ rei vindicatio и съ actio negatoria. Въ пользу вещнаго характера interdictum de precario высказывается Вангеровъ [4]), говоря, что основаніе его есть исключительно право собственности. Къ этому Данквардтъ добавляетъ, что „habere rem precario“ создаетъ обязательство „ad restituendam“ прекариста, но это обязательство не

---

[1]) *Dankwart*, das Precarium § 4.

[2]) *Dankwart*, eod. § 19 въ койнѣ.

[3]) Ср. приложеніе къ ст. 202 Уст. Гр. Суд.

[4]) *Vangerow*, Pandekten, III § 691.

есть договорное [1]). „Прекаріумъ тѣмъ интересенъ, что онъ имѣетъ мѣсто съ полнаго согласія воли и ея изъявленія обоими участниками, и тѣмъ не менѣе юридически это не договоръ, ибо для этого нужно, чтобы оба участника желали, чтобы это былъ договоръ, чего здѣсь нѣтъ“ [2]). Отсутствіе animus contrahendi лишаетъ прекаріумъ договорнаго характера. Личное отношеніе между прекаріумомъ и концедентомъ основано на вещомъ моментѣ, а именно на правѣ собственности концедента-рогатуса на вещь, уступленную концессіонеру. Савиньи же переноситъ основаніе interdictum de precario на незаконность владѣнія прекариста послѣ того, какъ послѣдовало со стороны рогатуса требованіе о возратѣ концедированной вещи. На этомъ различіи въ пониманіи основанія для interdictum de precario держится противорѣчіе въ ученіяхъ Данквардта и Савиньи. Исходя изъ того, что право собственности концедента на уступленную вещь есть основаніе для interdictum de precario, Данквартъ думаетъ что этотъ interdictum возникаетъ съ момента учрежденія прекаріума и есть проявленіе права собственности; далѣе, что interdictum de precario имѣетъ характеръ вещныхъ исковъ rei vindicatio и actio negatorio; наконецъ, изъ того, что „habere precario“ обязываетъ прекаристъ возвратить прекарно уступленную вещь Данквартъ выводитъ личный характеръ interdictum de precario. Наоборотъ Савиньи основаніемъ для interdictum de precario принимаетъ незаконность владѣнія прекариста, не возвратившаго по первому требованію прекарно уступленную вещь, и считаетъ по этому его за владѣльческій интердиктъ. Припомнимъ что Савиньи считаетъ прекаріумъ за „pactum“, и мы должны допустить, что ему также не было чуждо двойственное значеніе прекарнаго отношенія. Онъ только видитъ здѣсь договорное обязательство и владѣльческій интердиктъ. Данквартъ же принимаетъ въ interdictum de precario характеръ личнаго и вещнаго исковъ. У Савиньи то обязательственный моментъ, то владѣльческій выступаютъ въ прекаріумѣ. У Данкварта неуклонно примѣняется начало права собственности рогатуса, изъ котораго возникаетъ interdictum de precario съ двойнымъ характеромъ—личнаго и вещнаго иска, находя себѣ аналогію въ actio finium regundorum. Habere precario—обязываетъ

---

1) *Dankwart*, das Precarium, стр. 312. пр. 3.

2) *Dankwart*, eod. § 4.

прекариста къ возврату вещи, уступленной прекарно,—право собственности рогатуса даетъ ему вещный искъ: оба момента—обязательственый и вещный слились въ одномъ interdictum de precario. Двойственный характеръ interdictum de precario ограничиваетъ полное его отождествленіе съ исками о правѣ собственности, которымъ онъ только уподобляется (pro vindicatione et negatoria aetione). Этимъ объясняются практическія различія, существующія между прекарнымъ интердиктомъ и rei vindicatio. Съ момента предъявленія „interdictum de precario“ истецъ получаетъ все то, что онъ имѣлъ бы, если ему вещь немедленно была бы возвращена. Отвѣтчикъ обязанъ возстановить всѣ измѣненія, съ этого момента совершенныя съ вещью, или уплатитъ за причиненные ущербы [1]). Онъ долженъ возвратить всѣ собранные плоды, уплатить за плоды потребленные и вознаградить за тѣ которые могли бы быть собраны (percipiendi). Jnterdictum de precario подобно rei vindicatio погашается тридцатилѣтней давностью [2]) Но кромѣ сказаннаго сходства съ rei vindicatio, interdictum de pricario имѣетъ свои особенности, вслѣдствіе того что онъ остается все таки личнымъ искомъ. Поэтому прекаристъ, къ которому предъявленъ interdictum de precario не имѣетъ противъ него обратнаго требованія о вознагражденіи за совершенные имъ издержки, подобно тому какъ владѣлецъ можетъ это предъявить противъ rei vindicatio. Относительно земледѣльческихъ участковъ, уступленныхъ прекарно, концессіонеръ не въ правѣ retinendo предъявлять свои требованія за расходы, понесенные имъ относительно обработки ихъ и сдѣланнаго посѣва [3]).

Когда въ эпоху Лабео, на основаніи распространительнаго толкованія юристовъ, actio praescriptis verbis, стала примѣняться ко всѣмъ правоотношеніямъ, возникающимъ изъ bonae fidei contractus, то ее ввели также для прекаріума. [4]) Actio praescriptis verbis наступаетъ съ момента отказа прекариста возвратить прекарно уступленные вещи или сервитутъ, что составляетъ отличительной ея признакъ отъ interdictum de precario, [5]) имѣющаго мѣсто съ

---

1) L. 8 § 4 D. de precario 43. 26.

2) *Dankwart*, eed. § 20 въ концѣ.

3) *Dankwart*. eod. § 21.

4) *Schmidt*, das Commodatum und Precarium, стр. 110. *Д. Азаревичъ*, Прекаріумъ, стр. 136, пр. 4. стр. 141.

5) *Dankwart*, das Precarium und die Emphyteuse § 22 и прим. къ стр. 315—16.

момента установленія прекаріума, какъ это доказываетъ Данквартъ [1]). Тогда какъ interdictum de precario уподобляется ближе всего rei vindicatio, то actio praescriptis verbis аналогична съ исками по договорамъ, вслѣдствіе того, что чрезъ посредство этого иска требуется вещь, которую передали съ тѣмъ, чтобы она была возвращена, поэтому actio praescriptis verbis возникаетъ съ момента требованія вещи. Вслѣдствіе аналогіи actio praescriptis verbis съ исками по договорамъ, прекаристъ съ момента ея предъявленія, отвѣчаетъ за culpa levis, а наслѣдники—за ущербъ отъ dolus наслѣдодателя произшедшій [2]).

Хотя „прекаріумъ" по существу своему безсроченъ, но тѣмъ не менѣе онъ совмѣстимъ съ установленіемъ опредѣленнаго для него времени [3]). Если стороны, участвующіе въ прекарномъ отношеніи до наступленія „dies" пожелаютъ сохранить его на дальнѣйшее время, то прекаріумъ считается продолженнымъ [4]). Прекаріумъ, не продленный до истеченія срока, но снова установленный между сторонами по срокѣ, принимается за новый, возобновленный прекаріумъ. Въ этомъ случаѣ для interdictum de precario наступаетъ новое теченіе давности [5]). При возобновленіи прекаріума можетъ совершиться перемѣна въ лицахъ въ немъ участвующихъ. Въ случаѣ смерти прекариста прекаріумъ возобновляется съ его наслѣдникомъ, а если концедентъ-собственникъ совершитъ отчужденіе прекарно данной вещи, или въ случаѣ его смерти, тогда прекаріумъ возобновляется въ лицѣ новаго концедента [6]). Наконецъ прекаріумъ въ римскомъ правѣ прекращается: 1, въ силу односторонней отмѣны концедента, со стороны котораго совершается „mutatio voluntatis" [7]), поэтому смерть концедента не прекращаетъ прекаріума, переходящаго къ его наслѣдникамъ; 2, истеченіемъ срока, на который прекаріумъ былъ установленъ [8]) и 3, смертью прекариста [9]).

---

[1]) *Dankwart*, eod. стр. 310. пр. 5.
[2]) *Dankwart*, eod. § 22, прим. къ стр. 315—16.
[3]) L. 8 § 7. de precario 43. 26 и l. 12 h. t.
[4]) *Dankwart*, eod. § 24.
[5]) *Dankwart*, eod. § 25.
[6]) *Dankwart*, eod. § 25.
[7]) L. 12 § 1 D. de precario, 43. 26.
[8]) L. 4 § 4 D. eod.
[9]) *Dankwart*, eod. § 23.

§ 7. Общій выводъ о значеніи въ правѣ „прекаріума—уступки."

Прекаріумъ—уступка возникаетъ не изъ договора, порождающаго обязательственныя отношенія между концедентомъ и концессіонеромъ. Концессія не имѣетъ также значеніе односторонняго учредительнаго акта, налагающаго обязательство на концессіонера, но она является одностороннимъ актомъ „дозволенія" со стороны концедента. Въ силу этого „дозволенія" концессіонеръ овладѣваетъ вещью или пользуется правомъ сервитутнымъ. Отсюда вытекаетъ, во-первыхъ, владѣніе концессіонера и во-вторыхъ, неограниченное употребленіе его предметомъ прекаріума. На владѣніи прекариста основаны его владѣльческіе интердикты противъ всѣхъ постороннихъ лицъ, кромѣ концедента. Неограниченное употребленіе предоставляетъ ему всѣ выгоды, отъ предмета прекаріума достижимыя, ограничивая его отвѣтственностью за злонамѣренное повреждленіе этого предмета (dolus), или за вредъ, происшедшій отъ грубой неосторожности (culpa ata). Но съ другой стороны, предостовляемое въ прекаріумѣ неограниченное употребленіе прекариста лишаетъ его права требовать вознагражденія за издержки, имъ совершенныя на улучшеніе предмета концессіи, отъ концедента, предъявившаго къ нему interdictum de precario. Концедентъ имѣетъ interdictum de precario къ концессіонеру съ момента овладѣнія имъ вещью, или сервитутомъ, данными прекарно. Основаніе interdictum de precario есть право собственности концессіонера, въ этомъ смыслѣ оно имѣетъ характеръ вещнаго иска (rei vindicatio или actio negatorio). Съ другой стороны interdictum de precario имѣетъ значеніе личнаго иска, такъ какъ онъ возникаетъ съ момента овладѣнія прекариста, а не съ того момента, когда послѣдовалъ съ его стороны отказъ рогатусу возвратить ему прекарно предоставленный предметъ,—вещь или сервитутъ.

Послѣ отказа прекариста возвратить по требованію концедента прекаріумъ, послѣдній имѣетъ къ нему actio praescriptis verbis,—искъ личный, возникающій на основаніи отказа концессіонера въ возвратѣ. Actio praescriptis verbis налагаетъ на прекариста отвѣтственность за omnis culpa, за всякую небрежность, даже незначительную (culpa levis), отъ которой могъ произойти вредъ для предмета прекаріума. Далѣе отличительными особенностями прекаріума въ римскомъ правѣ является, во первыхъ, его безсрочность, а во вторыхъ, непосредственная связь съ лицомъ кон-

цессіонера. Поэтому прекаріумъ прекращается или по усмотрѣнію концедента, вытребовавшаго его обратно, или смертью концессіонера, не переходя на его наслѣдниковъ.

Таковые внѣшніе моменты прекаріума: его возникновеніе, владѣльческая защита прекариста, двойственный искъ концедента и обязательственное исковое требованіе его къ концессіонеру, наконецъ прекращеніе прекаріума. Матеріальное содержаніе прекаріума предоставляетъ концессіонеру не право на уступленный безвозмедно предметъ, но содержаніе дозволенныхъ ему правоотношеній, онъ имѣетъ не право на предметъ прекаріума, но управомочія (Befugnisse). Права на предметъ прекаріума удерживаются за концедентомъ

Въ средніе вѣка, въ XIII столѣтии въ эпоху изданія втораго важнаго источника каноническаго права Decretales Gregorii IX, въ примѣненіи къ церковному имуществу, понятіе прекаріума расширяется въ томъ смыслѣ, что сюда относятся и такія отношенія, которыя не подлежатъ прекращенію по одностороннему требованію концедента. [1]) Воля послѣдняго ограничена договорнымъ обязательствомъ съ концессіонеромъ, къ числу которыхъ причисляютъ всѣхъ тѣхъ лицъ, которымъ собственникъ дозволилъ пользоваться вещью. Поэтому французскій code civil [2]) сюда относитъ наемщика, поклажедержателя узуфруктуара,—прусское земское право [3])—всѣхъ тѣхъ, кто обладаетъ землей безъ формальнаго основанія,—русское право [4]) признаетъ прекарное владѣніе исправляющихся ссыльно каторжныхъ,—наконецъ остзейское право, [5]) ближе другихъ стоящее къ римскому праву, относитъ уступку къ числу договоровъ и видитъ здѣсь обязательственныя отношенія между собственникомъ и концессіонеромъ.

Но современное право на ряду съ расширеннымъ значеніемъ прекаріума знаетъ такія отношенія, которыя аналогичны съ прекаріумомъ въ томъ его видѣ какъ онъ развитъ былъ въ римскомъ

---

1) Cap. III, X, deprecariis, lib. III tit 14 in fine. Porro precariae, quae quandoque de ecclesiarum possessionibus fieri solent, *non sunt pro voluntate concedentium revocandae.*

2) Code civil, art, 2236.

3) Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, I th. 21 Tit. § 233.

4) Уставъ о ссыльныхъ, т. XIV, изд. 57 г. ст. 583, 553, 555. Сводное продолженіе къ уст. о ссыльн. изд. 76 г. ст. 787, 788, 789.

5) Сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній остзейскихъ ст. 3765—76.

правѣ. Сюда Лоранъ относитъ [1]) современныя концессіи со стороны государства, провинцій, общинъ частнымъ лицамъ земель, составляющихъ предметъ общественной государственной собственности (domaine publit de l'etat) [2]) т. е. состоящихъ въ общемъ всѣхъ пользованіи (in usu publico), а не подлежащихъ исключительному праву собственности государства, въ значеніи казны, какъ лица юридическаго (domaine privé de l'état, in patrimonio populi) [3]). Разсмотрѣнію правоотношеній, изъ этого рода концессій возникающихъ, посвятимъ мы наше дальнѣйшее изслѣдованіе, которому необходимо должна была предшествовать глава о значеніи въ правѣ концессіи прекаріума—уступки вообще, чтобы имѣть возможность пріурочить непосредственный предметъ нашего изслѣдованія къ тому общему понятію о прекаріумѣ, въ которомъ онъ является частнымъ отношеніемъ.

---

1) *Laurent*, Principes de droit civil, t, 32 § 299.

2) *Laurent*, Principes de droit civil, t. 6 § 4 стр. 9—10 и далѣе § 5—28.

3) *Laurent*, eod, § 4 и ст. 714, 538 code civil.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Понятіе концессіи и ея гражданское значеніе.

§ 1. Общее понятіе и виды концессій.—Концессія общественныхъ работъ.—Юридическое ея построеніе у *Делало, Доллоза*, какъ гражданскаго договора.—„Тетрадь ограниченій" (caheir des charges) во французскомъ правѣ.—Объясненія *Пала*.—Опредѣленіе *Дюмэ*.

Въ современномъ правѣ „концессія" имѣетъ въ высшей степени разнообразное значеніе. Общее понятіе „концессіи" заключаетъ въ себѣ всѣ тѣ отношенія, въ которыхъ что либо „уступается", „дозволяется" [1]). Здѣсь путемъ „концессіи", во-первыхъ, законодательная или административная власть непосредственно предоставляютъ такое право или правоспособность, которыя не могли бы возникнуть помимо „дозволенія", напр. предоставленіе права перемѣнить имя или присоединить кь своему имени прозвище посторонняго лица. Случай подобнаго рода „концессіи" знаетъ русское сводовое право, которое содержитъ въ ст. 1160 т. X ч. 1 постановленіе о принятіи мужемъ дворянскаго состоянія *съ Высочайшаго утвержденія* фамиліи своей жены, по причинѣ пресѣченія мужескаго поколѣнія ея рода. Послѣдствіемъ концессіи мужу фамильнаго прозвища жены, въ случаѣ бездѣтной ея смерти, является переходъ къ нему всего ея недвижимаго имѣнія, дошедшаго къ ней отъ отца (ст. 1160 т. X. ч. 1). Во-вторыхъ, „концессія" имѣетъ значеніе „разрѣшенія, дозволенія", исходящихъ отъ *административной власти* въ пользу частныхъ лицъ, которымъ дозволяется эксплоатація промысловъ, напр. содержаніе общественныхъ экипажей, театровъ, или выполненіе работъ, преслѣдующихъ исключительно частный интересъ предпринимателей, напр. концессія заводовъ, рудниковъ [2]). Въ-третьихъ, „кон-

---

[1]) *Dalloz*, Repertoire, sub. v-o „Concession".

[2]) *Dalloz*, eod. § 1.

цессія“ примѣняется, когда государство, провинція, община предоставляютъ исполненіе общественныхъ работъ компаніи, частному лицу, которыхъ вознаграждаютъ за понесенный ими трудъ и расходы предоставленіемъ извлекать изъ выполненнаго ими предпріятія доходы въ теченіи извѣстнаго періода времени. Въ этомъ смыслѣ „концессія“ содѣйствуетъ осуществленію дорого стоющихъ общественныхъ предпріятій, на выполненіе которыхъ нерѣдко, недостаточны средства не только одного, но многихъ государствъ, принужденныхъ обращаться къ содѣйствію частной промышленности, оказывая ей, съ своей стороны, экономическую поддержку въ видѣ субсидій, и давая юридическое признаніе и защиту чрезъ посредство „концессіи“. Фактическій примѣръ „концессіи“ этого рода представляетъ „концессія“, выданная „швейцарскимъ союзнымъ совѣтомъ“ 1-го ноября 1871 года „обществу Готтардской желѣзной дороги“ [1]) на проведеніе и пользованіе рельсовымъ путемъ отъ Имензе на Цугскомъ озерѣ до Даринелла на Лаго-Мажоре [2]). „Общество“ составило строительный капиталъ чрезъ посредство выпуска акцій на 40 милліоновъ франковъ и облигацій на 74 милліона франковъ. Къ 114 милліонному капиталу, собранному изъ денежныхъ сбереженій частныхъ лицъ, германская имперія дала субсидію въ размѣрѣ 55 милліоновъ франковъ, итальянское королевство 30 милліоновъ франковъ и швейцарскій союзъ 18 милліоновъ франковъ. Вся субсидія трехъ государствъ въ размѣрѣ 113 милліоновъ франковъ предоставлена „обществу Готтардской желѣзной дороги“ à fond perdu [3]).

Юридическое построеніе послѣдняго рода „концессіи“ вызвало среди юристовъ въ высшей степени разнообразныя мнѣнія.

Первый по времени появленія своего изслѣдованія „о правахъ и обязанностяхъ концессіонеровъ общественныхъ работъ“ извѣстный французскій юристъ *Делало* [4]), относитъ концессію къ до-

---

[1]) *Dr. Martin Wanner*, Geschichte uud Begründung des Gotthardunternehmens, Bern, 1880, стр. 200 и Beilage XXVI.

[2]) *Trommer*, das Gotthardbahn-Unternehmen, въ Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft, *von Schmoller*, 1881, стр. 73 (511) „Das sogenannte reduzirte Programm beschränkte sich auf die Hauptlinie Immensee—Pino (Darinella).

[3]) *Trommer*, eod. стр. 74. пр.

[4]) *Ch. Dellalleau*, des droits et des obligations des concessionnaires des travaux publics, въ Revue de législation et de jurisprudence publiée sous la di-

говорамъ, давая ей такое опредѣленіе: la concession est un contrat par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers l'administration à faire exécuter, à leurs frais, risques et périls, un travail d'utilité publique, moyennant la jouissance d'un péage ou d'autres avantages stipulés dans l'acte de concession [1]). Концессія есть договоръ, продолжаетъ далѣе Делало [2]) и за нимъ повторяетъ его аргументацію *Даллозъ* [3]), потому что компанія или частное лицо принимаютъ обязательство предъ государствомъ выполнить извѣстныя работы за свой счетъ, на свой страхъ за убытки, отъ всякаго рода случайностей происходящіе, въ вознагражденіе за которые государство предоставляетъ имъ пользованіе сборами или иными выгодами, обусловленными въ актѣ концессіи. Это описательное опредѣленіе концессіи относитъ ее къ понятію о договорѣ, которое по ст. 1101 code civil „есть соглашеніе, въ силу котораго одно или нѣсколько лицъ обязываются одному же или нѣсколькимъ другимъ лицамъ что либо дать, сдѣлать, или чего либо не дѣлать“ [4]). Концессія, далѣе имѣетъ значеніе *обоюднаго* или *двусторонняго договора* (synallagmatique ou bilatéral), ибо договаривающіяся стороны принимаютъ взаимныя другъ къ другу обязательства (ст. 1102 code civil). Она относится къ договорамъ *возмезднымъ* (à titre onéreux въ ст. 1106 с. с), потому что концессіонеръ обязывается исполнить работы, и государство съ своей стороны обязывается предоставить ему сборы съ тѣхъ, кто этими работами будетъ пользоваться (droit de péage) и другія условленныя выгоды, напр. плату за проѣздъ пассажировъ въ вагонахъ желѣзной дороги (prix de transport). Наконецъ, „концессія“ есть договоръ *„рисковый“* (aléatoire въ ст. 1104, п. 2. с. с) въ томъ смыслѣ, что непредвиденныя обстоятельства могутъ повліять на расходы по предстоящимъ работамъ. Это имѣло мѣсто, напримѣръ, при сооруженіи готтардской желѣзной дороги, гдѣ цѣны на строительный матеріалъ послѣ составленія смѣты расходовъ

---

rection de M. L. *Wolowski*, Paris, 1835, t. 1. p. 177 (premier article) p. 358 (deuxième article) и t. v. (1837) p. 140 (troisième article).

[1]) *Dellalleau*, eod. t. 1. p. 183.

[2]) *Dellalleau*, eod. t. 1. p. 183—5.

[3]) *Dalloz*, Repertoire, sub v-o „Concession“ § 99.

[4]) Ср. ст. 1101 гражд. кодексъ въ русскомъ переводѣ „Собраніе гражданскихъ законовъ царства польскаго“.

на сооруженіе линіи возрасли до такой степени, что принудили концессіонера—„общество готтардской желѣзной дороги" и субсидирующія государства—Германію, Швейцарію и Италіи, во-первыхъ, сократить длину первоначально проектированной линіи и, во-вторыхъ, образовать дополнительный строительный капиталъ посредствомъ выпуска акцій (6 милл. фр.), облигацій (6 милл. фр.) и назначенія новой субсидіи со стороны заинтересованныхъ въ сооруженіи готтардской желѣзной дороги государствъ (28 милл. фр.) [1]).

На томъ основаніи, что „концессія" имѣетъ значеніе гражданскаго договора, Даллозъ [2]) думаетъ, что къ ней должны примѣняться общіе принципы гражданскаго права, исключая прямыхъ изъятій, содержащихся въ „тетради ограниченій" (cahier des charges). Невыполненіе концессіонеромъ обязательствъ, указываемыхъ въ „тетради ограниченій" (cahier des charges), влечетъ для него послѣдствія въ ст. 1184 с. с. опредѣленныя, вводящей относительно договоровъ двусторонних (synallagmatique ou bilatéral) законную презумцію объ „условіи отмѣнительномъ" (condition résolutoire) на случай, если одна изъ сторонъ не исполнитъ своего обязательства. Неисполненіе обязательствъ, содержащихся въ „тетради ограниченій" концессіонеромъ даетъ право концеденту требовать судебнымъ порядкомъ или уничтоженія договора концессіи и вознагражденія за вредъ и убытки, или принужденія другую сторону исполнить обязательство (ст. 1184 eod.).

Чтобы понять аргументацію Даллоза и Делало намъ необходимо уяснить значеніе „тетради ограниченій" (cahier des charges) во французскомъ правѣ, что мы можемъ сдѣлать, обратившись къ разсмотрѣнію порядка выдачи концессій во Франціи. Мы возьмемъ примѣромъ концессіи желѣзнодорожныя.

Порядокъ испрошенія концессіи во Франціи опредѣленъ въ „*инструкціи*", напечатанной въ „*Монитерѣ*" 13-го ноября 1854 года [3]); здѣсь мы читаемъ слѣдующее:

„Всякая просьба о концессіи, поданная непосредственно главѣ

---

1) *Trommer*, das Gotthardbahn-Unternehmen, eod. стр. 71—4 (509—519).

2) *Dalloz*, Repertoire sub. v-o „Concession" § 99 in fine.

3) Instruction inserée au Moniteur, le 13 nov. 1854. См. *Pallaa*, dictionnaire législatif et réglementaire des chemins de fer. 2-me édit. 1872. Paris, Cosse, Marchal et. Billard, sub v-o „concession" стр. 356.

государства неизмѣнно имъ передается министру публичныхъ работъ, который подвергаетъ ее слѣдующимъ провѣркамъ, не допускающимъ никогда никакихъ исключеній: этого рода просьбы подлежали изслѣдованіямъ въ трехъ степеняхъ, послѣ предварительныхъ формальностей дознанія, когда населеніе призывается для заявленія своихъ требованій относительно направленія линій. Во-первыхъ, государственные инженеры и генеральные инспекторы путей сообщенія должны высказаться, послѣ всесторонняго изученія, по вопросамъ техническимъ, о расходахъ и сборахъ. Во-вторыхъ, генеральный совѣтъ путей сообщенія обсуждаетъ и разсматриваетъ проекты инженеровъ. Въ-третьихъ, совѣщательный комитетъ желѣзныхъ дорогъ въ свою очередь оцѣниваетъ главнымъ образомъ съ точки зрѣнія коммерческихъ интересовъ и предложенныхъ просящими компаніями финансовыхъ условій. Въ четвертыхъ, наконецъ, проекты и просьбы представляются государственному совѣту, который, сперва въ отдѣленіяхъ, потомъ въ общемъ собраніи ихъ, разсматриваетъ со всѣхъ сторонъ и высказываетъ свое мнѣніе правительству объ условіяхъ *тетради ограниченій* и о значеніи компаніи.—Только по выполненіи всѣхъ этихъ формальностей, предназначенныхъ охранять въ одно время интересы пересѣкаемыхъ желѣзной дорогой мѣстностей,—торговли вообще и казны,—глава государства, по докладу министра земледѣлія, торговли и общественныхъ работъ, и по выслушаніи замѣчаній другихъ министровъ,—высказывается и, если онъ приметъ проектъ,—подписываетъ *декретъ* о концессіи".

Къ „декрету о концессіи" присоединяется „тетрадь ограниченій" [1]). „Тетрадь ограниченій", присоединенная къ „декрету" о концессіи желѣзной дороги имѣетъ всѣ свойства того закона, къ которому она присоединена. Она, по опредѣленію французскаго кассаціоннаго суда 5-го февраля 1861 года [2]), есть составная часть закона концессіи и слѣдовательно всѣ требованія, относящіяся до частнаго интереса, *исключительно состоять въ вѣдомствѣ судовъ*. Тетрадь ограниченій не можетъ быть разсматриваема, какъ простой актъ управленія, подлежащій вѣдомству административной власти. Приведенное опредѣленіе французскаго

---

[1]) *Polaa*, Dictionnaire legislatif et réglementaire des chemins de fer, стр. 356.

[2]) См. *Polaa*, Dictionnalre legislatif et réglementaire des chemins de fer, sub v-o „cahier des charges" стр. 204—5.

кассаціоннаго суда объ юридической природѣ „тетради ограниченій" извѣстный составитель громаднаго желѣзнодорожнаго сборника, изданнаго въ формѣ лексикона, *Пала* комментируетъ такимъ образомъ [1]: „слѣдовательно судебная власть изъясняетъ и примѣняетъ положенія тетради ограниченій, которая устанавливаетъ относительно третьихъ лицъ исключительныя права и опредѣленныя обязанности". Напр. право компаніи на сборъ съ пассажировъ и грузовъ и обязанность ея удовлетворять всѣмъ требованіямъ движенія, т. е. обязанность перевозить, не оказывая никому предпочтенія (sans tour de faveur, какъ говорятъ французскіе cahiers des charges). „Поэтому, продолжаетъ Пала, судебная власть рѣшаетъ объ ущербахъ и убыткахъ, произшедшихъ отъ нарушенія и несоблюденія постановленій тетради ограниченій". Но предѣлы власти судебной ограничены въ установленіи желѣзнодорожныхъ тарифовъ, которые предоставлены утвержденію власти административной [2]).

Несоблюденіе обязательствъ, налагаемыхъ на концессіонера „тетрадью ограниченій", кромѣ вопроса объ утвержденіи тарифовъ, подчиняютъ его всѣмъ послѣдствіямъ неисполненія обязательства двусторонняго, что предусмотрѣно въ ст. 1184 с. с., гдѣ неисполненіе должнаго имѣетъ силу и дѣйствіе *„отмѣнительнаго условія"*.

Въ частности же соблюденіе концессіонеромъ положеній „тетради ограниченій" ограждено закономъ 15-го іюля 1845 г. „sur la police des chemins de fer" въ ст. 12—15. „Когда концессіонеръ желѣзной дороги нарушитъ постановленія тетради ограниченій или распоряженія, изданныя въ исполненіе этихъ правилъ въ томъ что касается судоходства, проѣздоспособности путей государственныхъ, департаментскихъ и проселочныхъ, или свободнаго стока водъ, то составляется *протоколъ о нарушеніи* или чрезъ инженеровъ путей сообщенія или горныхъ, или кондукторами, шахтными надсмотрщиками, надзирателями за работами, давшими надлежащую присягу (ст. 12). Нарушенія, въ ст. 12 предусмотренныя,караются штрафами отъ 300 до 3000 франковъ (ст. 14) Администрація при этомъ немедленно принимаетъ всѣ *предварительныя мѣры* для прекращенія убытковъ точно такъ, какъ по-

[1]) *Polaa*, eod. стр. 204—5.
[2]) Рѣшеніе Conseil d'état, 3 янв. 1851. См. *Polaa*, eod.

ступаютъ относительно государственныхъ путей. Издержки, причиненныя выполненіемъ этихъ мѣръ, взыскиваются съ концессіонера принудительно, подобно *взысканію государственныхъ сборовъ* (ст. 15). Къ послѣдствіямъ гражданскимъ, по ст. 1184 с. с. наступающимъ отъ несоблюденія концессіонеромъ положеній „тетради ограниченій“ влечетъ для него административное взысканіе, такъ что „тетрадь ограниченій“ по степени санкціи своихъ постановленій есть lex plus quam perfecta, т. е. концессія не только отмѣняется въ судебномъ порядкѣ, но концессіонеръ несетъ административное сверхъ того взысканіе.

Подобно Делало и Далозу, новѣйшій изслѣдователь юридической природы концессіи во Франціи *Дюмэ* [1]) относитъ ихъ къ понятію договора. Онъ говоритъ, что во Франціи концессіи не касаются исключительно государственной собственности, состоящей въ общемъ всѣхъ пользованіи, но онѣ имѣютъ послѣдствіемъ своимъ *обогащеніе частной собственности государства* (domaine privé de l'état) и составляютъ въ этомъ отношеніи простой *договоръ подряда* (marché d'ouvrage) и добавляетъ, что „концессія въ смыслѣ *договора подряда* во Франціи совершается, во-первыхъ, законодательной властью для главныхъ и торговыхъ путей и, во вторыхъ, для линій мѣстныхъ, введенныхъ закономъ 12-го іюля 1865 г. генеральными совѣтами [2]).

§ 2. Поворотъ въ ученіи объ юридической природѣ „концессіи“, считавшейся простымъ гражданскимъ договоромъ у юристовъ французской школы, и включеніе сюда началъ государственнаго права.—Теорія *Гейслера*.—Концессія и привилегія по ученіямъ *Савиньи*, *Вехтера*, *Унгера, Виндшейда, Дернбурга*.

Признаніе французскими юристами „концессіи“ въ значеніи договорнаго соглашенія ярко обрисовывается въ недавно появившемся трудѣ швейцарскаго юриста *Гейслера* [3]) (Heusler), который выводитъ изъ дѣйствія концессіи во французскомъ правѣ объясненіе причины, почему французскіе юристы считаютъ концессію договоромъ.

[1]) *Ferdinand Dumay*, Etude juridique sur les concessions de chemin de fer Paris. 1878.

[2]) *Dumay*, eod. стр. 36.

[3]) *Dumay*, eod. стр. 49.

[4]) *Dr. A. Heusler*, Rechtsgutachten betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Allgemeinen. Basel. 1877.

„Во Франціи, говоритъ Гейслеръ, государство считается *собственникомъ* желѣзной дороги, оно лишь *уступаетъ* свое право на эксплоатацію. Желѣзнодорожная эксплоатація отдается въ *аренду* на девяносто девять лѣтъ, по прошествіи которыхъ государство становится полнымъ собственникомъ линіи. Подобно тому какъ эксплоатація является предметомъ аренды, точно также такимъ предметомъ аренды можетъ быть самое сооруженіе желѣзной дороги. Поэтому *господствующее воззрѣніе* состоитъ въ томъ, что желѣзнодорожная концессія есть способъ выполненія общественныхъ работъ. Вмѣсто того, чтобы сооружать желѣзную дорогу en régie, государство выдаетъ концессію, *которая предоставляетъ концессіонеру тѣ права, которыя имѣло бы государство на дорогу, взамѣнъ непосредственнаго вознагражденія концессіонера*". Далѣе Гейслеръ развиваетъ свою мысль такъ: „чтобы вознаградить компанію за работы и издержки, которыя она обязывается сдѣлать, государство даетъ ей дозволеніе взимать сборы за пользованіе путемъ и плату за перевозку". Построеніе понятія концессіи во французскомъ правѣ Гейслеръ заканчиваетъ слѣдующимъ опредѣленіемъ: государство отдаетъ сооруженіе и эксплоатацію желѣзной дороги съ подряда,—концессія есть договоръ подряда (Werkverdingungsvertrag) [1])

Гейслеръ не признаетъ въ „концессіи" по словесному ея смыслу значеніе „дозволенія", которое дается государствомъ, дѣйствующимъ здѣсь не въ своемъ частномъ интересѣ, какъ казна, но являющимся представителемъ интересовъ, подлежащихъ защитѣ чрезъ посредство государственнаго верховенства. Государство ставитъ въ зависимость отъ „концессіи" извѣстный промыселъ, потому что оно не считаетъ возможнымъ совмѣстить свободу даннаго промысла съ общественнымъ интересомъ. „Концессія" выдается государствомъ, какъ представителемъ общественныхъ интересовъ, на тѣхъ условіяхъ, которыя ему кажутся необходимыми для гарантіи этихъ интересовъ. Во всѣхъ случаяхъ, гдѣ дѣло идетъ *о промыслѣ*, изъ котораго частное лицо извлекаетъ выгоды, но который вмѣстѣ съ тѣмъ имѣетъ значеніе удовлетворенія общественной потребности, государство, проявляя свое

---

[1]) Drei Rechtsgutachten betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Allgemeinen. Basel, 1877. Второе „мнѣніе", составленное *Гейслеромъ*, цитированно въ предшествующемъ примѣчаніи, стр. 10.

верховное право, даетъ „дозволеніе“, ограничивая его условіями, составленными для охраны общественнаго интереса. Поэтому „концессія“ на право открыть аптеку, „концессія“ желѣзнодорожная имѣютъ тождественное значеніе, такъ какъ, въ первомъ случаѣ, государство руководится заботой объ огражденіи общественнаго интереса, состоящаго въ охранѣ здоровья многихъ лицъ,—во второмъ,—относительно желѣзныхъ дорогъ,—оно имѣетъ въ виду охрану общественной безопасности при движеніи на рельсовыхъ путяхъ, а также ограниченіе желѣзнодорожныхъ компаній отъ захватовъ въ пользованіи концедированными имъ путями. Поэтому необходимость въ „концессіи“ прекращается какъ только промышленное предпріятіе не затрогиваетъ цѣлей государственныхъ. Такъ собственникъ на своей землѣ, проводящій желѣзную дорогу для личнаго своего пользованія, не нуждается въ государственной „концессіи“ [1]).

Концессіонное право государства основано на его верховенствѣ и на его назначеніи заботиться объ огражденіи своихъ державныхъ правъ, а не на его гражданскихъ, фискальныхъ управомочіяхъ. Это различіе такъ важно, говоритъ Гейслеръ въ концѣ § 1-го своего „мнѣнія относительно юридической природы желѣзнодорожныхъ концессій вообще“, что даже тамъ, гдѣ практическая цѣль концессіи сводится къ финансовому доходу, когда государство ставитъ каждое промышленное предпріятіе въ зависимость отъ *государственной концессіи* съ цѣлью получить сборъ денежный, то все таки даже такія концессіи должны быть отнесены къ началамъ финансово-державнымъ, какъ ихъ источнику. Поэтому, заключаетъ Гейслеръ,—концессія есть актъ государственнаго верховенства“ [2]).

Гейслеръ въ своемъ ученіи о концессіи, какъ одностороннемъ актѣ, исходящемъ отъ государства, проявляющаго здѣсь свое верховное право, а не являющагося въ значеніи субъекта правъ гражданскихъ, т. е. фиска, казны, видитъ въ ней не договоръ [3]), но, согласно съ ученіемъ большинства нѣмецкихъ юристовъ, какъ

---

1) *Heusler*, eod. стр. 4.

2) *Heusler*, eod. стр. 5.

3) *Heusler*, eod стр. 9 „... so ist die Concession und Alles, was drum und dran hängt, kein Vertrag“.

напримѣръ Савиньи [1]), Виндшейда [2]), Вехтера [3]), Унгера [4]), Дернбурга [5]), - относятъ „концессію“ къ понятію о привилегіи [6]).

Школа германскихъ юристовъ думаетъ, что привилегія исходитъ отъ представителя государственнаго верховенства, потому что она устанавливаетъ новое право для опредѣленнаго отношенія. Всякое новое право можетъ установить одинъ лишь законодатель. Привилегія не имѣетъ значеніе закона, но она есть, подобно закону, *источникъ права*, потому что законъ создаетъ одно лишь объективное право (правоположенія), привилегія же создаетъ новое конкретное правоотношеніе, въ законѣ не опредѣленное. *Унгеръ* [7]) думаетъ, что „привилегія (частный законъ—Einzelgesetz) не есть общая норма, содержащая въ себѣ правоположенія, но это есть особое опредѣленіе конкретнаго отношенія“. *Гейслеръ* комментируетъ опредѣленіе „привилегіи“ Унгера, говоря, что „законъ указываетъ условія для прјобрѣтенія правъ, привилегія же устанавливаетъ непосредственное право для отдѣльнаго лица“ [8]). Того же взгляда держится *Вехтеръ*, въ книгѣ котораго о вюртембергскомъ гражданскомъ правѣ мы читаемъ, что „привилегіи не суть составныя части общаго права, но только источникъ конкретнаго правоотношенія и способъ пріобрѣтенія правъ для конкретнаго лица“ [9]).

Хотя у *Савиньи* [10]) говорится о „privilegia conventionalia“, т. е. о „договорныхъ привилегіяхъ“, которыя могутъ возникнуть путемъ договора, но это пониманіе легко объяснить тѣмъ, что выдачѣ концессіи предшествуютъ иногда предварительные пере-

---

1) *Savigny*, System des heutigen röm. R. Bd. I, стр. 65.

2) *Windscheid*, Pandecten. Bd. I § 135, пр. 5 „Privilegia personae, Z. B. dem A. wird eine Fabrikconcession gegeben“.

3) *Wächter*, Handbuch des württemb. Privatrechte, Bd. II стр. 16, пр. 11. „Privilegien im engsten Sinne, wenn für ein Individuum eine ihm günstige Concession für mehrere Fälle oder Acte ertheilt wird“.

4) *Unger*, österreich. Privatrecht (4 Aufl) Bd. стр. 52.

5) *Dernburg*, Lehrbuch des preussisch. Privatrecht, Bd. I стр. 40, пр. 3. „Beispiele von Privilegien bilden... Eisenbahnconcessionen“.

6) *Heusler*, Rechtsgutachten betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen, Basel, 1877, стр. 9.

7) *Unger*, System des östreichisch. Privatrechts, 4 Aufl. Bd. I. стр. 52.

8) *Heusler*, eod. стр. 9.

9) *Wächter*, Handbuch des württemb. Privatrechts, Bd. II, стр. 17.

10) *Savigny*, System des. heut. röm. echts. Bd. стр. 65.

говоры, въ которыхъ устанавливаются условія, на которыхъ государство разрѣшаетъ привилегію, а предприниматель ее принимаетъ. Такое предшествующее привилегіи *соглашеніе* даетъ ей *содержаніе* [1]).

Дернбургъ [2]) допускаетъ относительно привилегіи моментъ договорный въ смыслѣ „повода", но вслѣдъ за тѣмъ онъ проводитъ рѣзкую грань между дѣятельностью государства, какъ субъекта права гражданскаго, т. е. казны, фиска и его функціями законодательными. „Государство, которое, при заключеніи такого договора, дѣйствуетъ въ качествѣ фиска, обязано вознаградить контрагента, если оно вслѣдъ за тѣмъ, какъ законодатель, не выдаетъ привилегіи согласно съ договоромъ [3]).

Изъ всѣхъ приведенныхъ ученій объ юридической природѣ привилегіи наиболѣе выдающихся германскихъ цивилистовъ, швейцарскій ученый Гейслеръ выводитъ слѣдующее заключеніе, правильность котораго онъ ограничиваетъ германскимъ и швейцарскимъ правомъ, такъ какъ въ правѣ французскомъ онъ считаетъ „концессію" не привилегіею, но договоромъ [4]). „Привилегія не можетъ стать договоромъ вслѣдствіе подобныхъ предшествующихъ соглашеній; она остается одностороннимъ управомочіемъ и тѣ права, которыя концессіонеръ въ концѣ концовъ пріобрѣтаетъ на основаніи привилегіи, основываются не на договорѣ, но на верховномъ актѣ дозволенія" [5]). Подобно *Дернбургу*, отдѣлившему договорный элементъ въ привилегіи отъ значенія ея, какъ законодательнаго акта, отнесшему первый къ дѣятельности государства въ значеніи фиска, а послѣдній т. е. законодательный актъ къ проявленію верховныхъ правъ госудадства, *Гейслеръ* говоритъ, что „государство, какъ фискъ, можетъ заключить договоръ съ частнымъ лицомъ, который его обязываетъ въ порядкѣ гражданскомъ, но какъ законодатель оно этого не можетъ, въ этомъ своемъ качествѣ создавая одностороннимъ образомъ правоотно-

1) *Heusler*, eod. стр. 9—10.

2) *Dernburg*, Lehrbuch des preussisch. Privatrechts, Bd. I, стр. 41: „*Veranlassung* eines Privilegs kann ein *Vertrag* sein".

3) *Dernburg*, eod., стр. 41.

4) *Heusler*. Rechtsgutachten betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen, стр. 10. „der Staat verdingt Bau und Betrieb der Eisenbahn, es ist ein Werkverdingungsvertrag", т. е. во Франціи.

5) *Heusler*, eod., стр. 10.

шеніе. Предварительные переговоры и соглашенія обязываютъ государство настолько лишь, насколько оно чрезъ это коснулось своей гражданской сферы“ [1]).

Въ примѣненіи къ желѣзнодорожнымъ концессіямъ и „тетрадямъ ограниченій“, которыя юридически являются составной частью „концессіи“, ученіе школъ германскихъ юристовъ приводитъ къ тому выводу, что „концессія и тетрадь ограниченій“ не есть договоръ но односторонній актъ, исходящій отъ государственной власти, съ опредѣленной цѣлью создать право. [2]).

§ 3. Попытки согласить договорный гражданскій характеръ концессіи съ участіемъ въ нихъ началъ государственнаго права.—Теоріи *Каррорда* и *Гильти* о концессіи въ смыслѣ «смѣшаннаго акта».

Одновременно съ трудомъ базельскаго профессора *Гейслера* въ 1877 году появляются два другія изслѣдованія о юридической природѣ концессіи вообще. Одно изъ нихъ принадлежитъ лозанскому профессору *Генри Каррорду* (Henri Carrard) [3]), а другое бернскому профессору *Гильти* (Dr. Hilty) [4]). Оба послѣднихъ ученыхъ стоятъ на прямо противоположныхъ точкахъ зрѣнія относительно пониманія юридической природы концессіи. *Генри Коррардъ* считаетъ ее за договоръ, говоритъ что „вступая въ соглашеніе съ лицами, которыя дѣйствуютъ свободно, государство не подчиняетъ ихъ своей волѣ, но оно ограничивается приглашеніемъ ихъ сообразоваться съ его волей. Это значитъ, что государство совершаетъ съ частными лицами *договоръ*, стольже законный и священный, какъ всякій другой,—*договоръ*, связывающій обоихъ догаваривающихся, создающій въ пользу каждаго изъ нихъ *взаимныя права, безповоротно-пріобрѣтенныя*. Поэтому можно сказать,

---

1) *Heusler*, eod., стр. 10.

2) *Heusler* eod, стр. 10 „So ist die Concession und mit ihr das Pflichtenheft, welches, rechtlich betrachted, Bestandtheil der Concession ist, *Kein Vertrag*, sondern einseitig von der Staatsgewalt verliehenes, zu diesem besondern Zwecke geschaffenes Recht“.

3) *Henri Carrard*, professeur de droit á Lausanne, Cousultation sur la nature juridique des concessions de chemins de fer en général et sur le procès intenté par la Compagnie de la Suisse Occidentale à la confédération Suisse. Bale, 1877.

4) *Dr. Hilty*, Rechtsgutachten betreffend die Rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Allgemeinen. Basel. 1877.

5) *H. Carrard*, eod. стр. 8.

чтобы выразить въ самой простой формѣ отношенія государства и компаніи на основаніи *концессіи*, что послѣдняя является со стороны государства, которое ее даетъ въ одно и тоже время актомъ государственнаго и гражданскаго права, а со стороны компаніи, которая ее принимаетъ—*исключительно актомъ частнаго права*.

Если Генри Каррордъ допускаетъ въ юридической природѣ концессіи смѣшанный элементъ государственнаго и гражданскаго права на сторонѣ государства, вступившаго въ концессіонный договоръ съ частнымъ лицомъ для котораго концессія имѣетъ исключительно значеніе акта гражданскаго права, то другой весьма извѣстный своими работами по англійскому гражданскому процессу швейцарскій писатель *Рюттиманъ* [1]) въ изслѣдованіи своемъ о концессіяхъ, стоитъ исключительно на точкѣ зрѣнія гражданскаго права, примѣняя относительно концессіи ученіе *Фердинанда Лассаля* о „пріобрѣтенныхъ правахъ“ [2]). Рюттиманъ думаетъ, что концессія, какъ основа отношеній между государствомъ и частными компаніями, есть просто гражданскій договоръ. По поводу этого ученія Генри Каррардъ говоритъ: „мы думаемъ, что Рюттиманъ повредилъ дѣлу, которое онъ защищалъ, представивъ въ такой формѣ свое ученіе и вызвалъ реакцію въ противоположномъ смыслѣ“ [3]).

Реакція противъ исключительнаго пониманія „концессін“, только какъ акта гражданскаго права, чуждаго какого либо элемента государственнаго, о слабеще проявляется въ трудѣ Генри Каррарда и достигаетъ полнаго отрицанія частноправнаго значенія „концессій“ въ изслѣдованіи Гильти. Но его отрицаніе относится только къ государству, выдавшему концессію, для концессіонера же „концессія“ и у Гельти сохраняетъ значеніе гражданскаго договора [4]). Концессія, по ученію Генри Каррарда, есть договоръ заключенный между государствомъ и частнымъ лицомъ,—дого-

---

[1]) *Rüttiman*, Inwieweit durch d. Ebahn-Concessionen Prrechte begrundet w. s. Zürich, 1870.

[2]) *Lassalle*, System der erworbenen Rechte, 2 Aufl. v. Bucher, 2 Thle, Lpz. 1880.

[3]) *Henri Corrard*, Consultation sur la nature juridique des concessions des chemins de fer en général, Bale, 1877. pog. 7.

[4]) *Dr. Hilty*, Rechtsgutachten betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconsessionen im Allgemeinen, Basel, 1877. стр. 23.

воръ, дѣйствіе котораго для одного изъ контрагентовъ, т. е. для государства имѣетъ значеніе акта государственнаго и гражданскаго,—для другаго, т. е. для концессіонера—только акта гражданскаго. Напротивъ того *Гельти* думаетъ, что концессія есть договоръ, въ которомъ государство проявляетъ исключительно только свое верховное право, для концессіонера же она имѣетъ значеніе простаго гражданскаго обязательственнаго договора. „Хотя вѣрно то, что желѣзнодорожныя концессіи имѣютъ существенно государственно правовую природу, но вовсе невѣрно и не доказано, что онѣ являются односторонними верховными актами [1]), которые только внѣшнимъ образомъ принимаютъ форму договора. Для это нѣтъ ни теоретическихъ подтвержденій, нѣтъ этого въ намѣреніи лицъ, вступающихъ въ соглашеніе „концессіи" [2]).

Развивая свою мысль далѣе, Гельти говоритъ, что къ актамъ верховнымъ государства, выдающаго концессію, безусловно относятся тѣ составныя части, входящія въ содержаніе концессіи, гдѣ государство предоставляетъ компаніи управомочія на сооруженіе рельсоваго пути, на принудительное отчужденіе потребныхъ для этого земель и переноситъ на компанію функціи полицейскія, что обыкновенно встрѣчается въ желѣзнодорожныхъ концессіяхъ. Но, затѣмъ, всѣ тѣ условія, на которыхъ общество принимаетъ на себя выполненіе обязательствъ, возлагаемыхъ на него въ выданной ему концессіи, что составляетъ существенную часть такъ называемыхъ „тетрадей ограниченій" и даже входитъ въ содержаніе концессіоннаго документа — всѣ эти условія имѣютъ всѣ признаки *гражданскаго договора* [3]). Какъ слѣдствіе такого воззрѣнія на концессію у Гильти является то положеніе, что концессіонеры должны свои обязательства соблюдать, какъ обыкновенный договоръ [4]). Поэтому государство можетъ предъявить къ концессіонерамъ гражданскій искъ въ обыкновенные суды

[1]) Концессіи отождествлены съ односторонними верховными актами государства, именно съ привилегіями у *Гейслера*, Rechtsgutachten betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Allgemeinen, стр. 8—10, но только для права германскаго.

[2]) *Hilty*, eod. стр. 23.

[3]) *Hilty*, eod. стр. 23. „Die Bedingungen... haben alle Merkmale privatrechtlicher *Vertragsartikel*".

[4]) *Hilty*, eod. стр. 23 in fine. „Die Concessionäre müssen ihre Verpflichtungen daraus wie *gewöhnliche Verträge* halten".

гражданскіе, если только оно не имѣетъ противъ нихъ никакого другаго принудительнаго средства. Въ свою очередь концессіонеры, въ силу договорнаго обязательственнаго значенія концессіи, могутъ требовать, чтобы за ними было также признано подобное же право гражданскаго иска относительно государства по тѣмъ спеціальнымъ договорнымъ обязательствамъ, которыя относительно ихъ приняло государство [1]). На основаніи всѣхъ этихъ соображеній Гильти приходитъ къ тому выводу, что „концессія есть въ большинствѣ случаевъ актъ смѣшанный, состоящій изъ частей государственно-правовыхъ и изъ соглашеній гражданскихъ, заключенный съ обоюднымъ намѣреніемъ относительно послѣдней части дать ей гражданское дѣйствіе“ [2]).

Принятіе у Гильти „концессіи“ въ смыслѣ „смѣшаннаго акта“ изъ частей государственноправовыхъ и частноправныхъ создаетъ практическое затрудненіе относительно отдѣленія этихъ частей въ случаѣ спора и иска гражданскаго, возникающаго изъ требованій государства, несогласныхъ съ содержаніемъ концессіи, но которыя оно предъявляетъ къ концессіонеру въ силу верховнаго своего права, руководствуясь соображеніями общей пользы. Если бы концессія была простымъ гражданскимъ договоромъ, то государство не могло бы отступать отъ содержанія, имъ самимъ составленнаго соглашенія, но концессія есть „актъ смѣшанный“, говоритъ Гильти, поэтому она подчинена измѣняющимся требованіямъ государства, уклоняющимся отъ первоначальнаго содержанія концессіи. Указанное затрудненіе Гильти разрѣшаетъ слѣдующимъ образомъ. „Такъ какъ практически обѣ составныя части концессіи, т. е. государственная и гражданская, *не могутъ быть* отдѣлены, и ни одна изъ частей концессіи не можетъ быть выдѣлена самостоятельно отъ другихъ, то послѣдствіемъ подобнаго сліянія является то, что государство въ правѣ путемъ законодательнымъ и въ пользу высшихъ государственныхъ цѣлей *ограничить* или *отмѣнить* концессію, но не безъ справедливаго вознагражденія за гражданскую ихъ часть, опредѣлить которую надлежитъ путемъ обыкновеннаго гражданскаго иска, предъявляемаго къ государству въ смыслѣ казны“ [3]).

---

1) *Hilty*, eod. стр. 24.
2) *Hilty*, eod. стр. 24.
3) *Hilty*, eod. стр. 24.

Если Гильти въ конечныхъ своихъ выводахъ относительно юридической природы концессіи вообще мало чѣмъ отличается отъ Гейслера, когда послѣдній говоритъ, что, въ случаѣ отмѣны концессіи государствомъ, оно обязано вознаградить убытки, отъ этой отмѣны произшедшіе для концессіонера, если онъ этого потребуетъ и докажетъ, что онъ дѣйствительно понесъ убытки [1]) то между обоими названными писателями лежитъ непримиримая рознь въ взглядѣ на существо концессіи, которая у Гильти [2]) является въ значеніи договора, а у Гейслера [3]),—какъ односторонній актъ государственной власти, т. е. какъ привиллегія. Читая „мнѣніе объ юридической природѣ желѣзнодорожныхъ концессій вообще" Гейслера, нельзя не отдать преимущество его построенію понятія концессіи въ значеніи „односторонняго акта государственной власти" надъ попытками Каррарди и Гильти, думавшихъ совмѣстить въ понятіи „договора въ значеніи смѣшаннаго акта" гражданскій интересъ концессіонеровъ и верховное право государства. Гейслеръ не только отрицаетъ за концессіей, подобно Каррарду и Гильти, значеніе исключительно гражданскаго акта, какимъ его считаетъ Рюттиманъ, но онъ возстаетъ въ цѣломъ рядѣ доводовъ противъ понятія концессіи въ значеніи договора вообще. Эти доводы Гейслера обратили на себя вниманіе цивилистовъ, посвятившихъ свои изслѣдованія объясненію юридической природы „концессіи въ желѣзнодорожномъ правѣ" и нашли здѣсь полное признаніе. Такъ *Мейли* въ недавно появившемся своемъ трудѣ: „Studien über die rechtliche Natur und Wirkung der von einer Eisenbahn-Gesellschaft gegenüber Gründungs—Gesellschaften oder Comites eingegangenen Verpflichtung zum Bau und Betrieb einer Eisenbahn" [4])—говоритъ, что трудъ Гейслера составляетъ цѣнный вкладъ относительно изученія существа концессій [5]). Поэтому ближайшее знакомство съ мнѣніемъ писателя, получившимъ признаніе среди спеціалистовъ по желѣзнодорожному праву, къ числу которыхъ несомнѣнно принадлежитъ

---

[1]) *Heusler*, eod. стр. 11.

[2]) *Hilty*, eod. стр. 23—4.

[3]) *Heusler*, eod. стр. 9—10.

[4]) Помѣщено въ „Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht herausgegeben von Dr. L. Goldschmidt" Bd. 24. (1879).

[5]) *Meili*, die Verpflichtung zum Bau und Betrieb einer Eisenbahn, eod. стр. 360.

Мейли, необходимо въ трудѣ, посвященномъ уясненію значенія концессіи въ правѣ. Въ силу всѣхъ этихъ соображеній мы думаемъ оказать дѣйствительное содѣйствіе изученію и уясненію понятія концессіи, изложивъ подробно ученіе о ней Гейслера. Оно развито въ цитированомъ уже нами неоднократно трудѣ его, озаглавленномъ „Rechtsgutachten bertéffend die rechaliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Algemeinen“, появившемся въ 1877 году по поводу частнаго вопроса изъ желѣзнодорожной практики: имѣлъ-ли швейцарскій союзный совѣтъ право обязать концессіонеровъ западной швейцарской желѣзной дороги содержать четвертый поѣздъ на бройской линіи (la ligne de la Broye)? Этотъ частный случай изъ практики швейцарскихъ желѣзныхъ дорогъ вызвалъ оживленное обсужденіе среди спеціалистовъ по желѣзнодорожному праву. Благодаря ему, появились цитированные нами выше труды *Гильти*, *Каррарда* и *Гейслера*. Къ разсмотрѣнію труда послѣдняго мы переходимъ. Ученіе Гейслера „о юридичсской природѣ концессіи вообще“ изложено въ той части его „мнѣнія“, которая носитъ заголовокъ—II Was ist aber der Jnhalt der Concession und was bezweckt sie? [1]).

§ 4. Примѣненіе ученія *Гейслера* о концессіи въ значеніи односторонняго акта, исходящаго отъ верховной государственной власти (привилегія), къ предоставляемому на ея основаніи праву экспропріаціи. Понятіе экспропріаціи по теоріямъ *Геберлина, Коха, Лабанда, Грюнхута* и прусскій законъ о принудительномъ отчужденіи поземельной собственности отъ 11-го іюня 1874 года.

Входя въ сношенія съ частными лицами, государство предоставляетъ имъ только гражданскія права изъ своихъ имущественныхъ отношеній, но не можетъ отчуждать своего верховнаго права въ частныя руки. Поэтому „концессія“ не имѣетъ значеніе акта, переносящаго на концессіонера верховныя права государства, но она есть лишь проявленіе верховнаго его права. Наиболѣе значительное управомочіе, предоставляемое въ „концессіи“, относится до права экспропріаціи, переносимаго на концессіонера. Но и здѣсь дѣло идетъ не объ отдѣленіи опредѣленной части изъ верховныхъ правъ государства, хотя не точно упо-

[1]) *Heusler*, eod. стр. 5—15.

требляется выраженіе, что государство переноситъ на концессіонера, напр. на желѣзнодорожное общество, для его нуждъ, свое право экспропріаціи. Въ дѣйствительности же не выдѣляется изъ общаго права государства совершать принудительное отчужденіе имущества, частнымъ лицамъ принадлежащаго, на основаніи общественной пользы, ни малѣйшей составной части, потому что государство немедленно вслѣдъ за тѣмъ, какъ концессіонеръ осуществилъ предоставленное ему право экспропріаціи, можетъ само снова экспропріировать концессіонера, если этого требуетъ общественный интересъ и разсчетъ оправдываетъ такую экспропріацію. Слѣдовательно выдача государствомъ частному лицу концессіи на совершеніе предпріятія, имѣющаго общественное значеніе, предоставляя концессіонеру право экспропріаціи, не выдѣляетъ ничего изъ верховныхъ правъ государства, и имѣетъ только то значеніе, что предоставляетъ концессіонеру управомочіе на принудительное отчужденіе частнаго имущества, а это значитъ, что концессія передаетъ только *осуществленіе* государству принадлежащихъ *управомочій*, вытекающихъ изъ его верховенства.

Предоставляемое для осуществленія частному лицу концессіонера управомочіе совершить экспропріацію имѣетъ значеніе смѣшаннное, заимствуя свое основаніе изъ государственнаго права, преслѣдуя цѣль гражданско-правовую. Концессія права экспопріаціи предоставляетъ частному лицу отъ государства управомочіе пріобрѣсти гражданское право, а именно—право собственности. „Экспропріація есть способъ пріобрѣтенія гражданскаго права, въ особенности права собственности, на основаніи государственнаго права, это значитъ, что управомочіе къ экспропріаціи лежитъ въ государственномъ, а не въ гражданскомъ правѣ. Экспропріирующій не осуществляетъ право гражданское, но онъ пріобрѣтаетъ гражданское право и частное лицо или общество, которыя получили отъ государства управомочія къ экспропріаціи, пріобрѣтаютъ гражданское право на основаніи акта государственнаго верховенства“ [1]).

Если мы должны признать, на основаніи вышеизложеннаго относительно права экспропріаціи, предоставляемаго государствомъ

[1]) *Heusler*, eod. стр. 6 „die Exrpropriation ist also Privatrechts,—speciell Eigenthumserwerb auf Grund öffentlichen Rechts“.

чрезъ посредство концессіи частнымъ лицамъ, что „актъ государственнаго верховенства можетъ создавать права гражданскія, то вмѣстѣ съ этимъ мы пріобрѣтаемъ *важный выводъ относительно юридическаго значенія концессіи*“ [1]). Мы должны признать, что, хотя государственное верховенство неотчуждаемо и нераздробимо, вслѣдствіе чего всѣ акты, исходящіе на этомъ основаніи отъ государства, подлежатъ отмѣнѣ, но тѣмъ не менѣе, концессія, будучи проявленіемъ государственнаго верховенства, и создавая права гражданскія, лишаетъ государство, выдавшее концессію, права отмѣнять ея гражданское дѣйствіе. „Государство не въ правѣ даже для охраны порядка, права, общественнаго передвиженія, здравія и безопасности населенія пользоваться своимъ верховнымъ правомъ, хотя этимъ высшимъ интересамъ гражданскаго общества должны подчиняться всѣ индивиды“ [2]). Неотмѣняемость концессіи,—этого односторонняго акта, исходящаго отъ государственнаго верховенства, Гейслеръ считаетъ отрицательнымъ результатомъ своего понятія о концессіи, отрицающимъ право государства по своимъ соображеніямъ измѣнять гражданскія послѣдствія имъ выданныхъ концессій [3]). Затѣмъ положительный выводъ ученія Гейслера состоитъ въ томъ, что все, обезпеченное въ концессіи и чрезъ нея концессіонеру, составляетъ для него *право гражданское* [4]).

Свое построеніе понятія „концессіи“, какъ односторонняго акта государственнаго верховенства, не подлежащаго однако измѣненіямъ по произволу власти, положительное дѣйствіе которой состоитъ въ установленіи для концессіонера права гражданскаго, Гейслеръ выводитъ изъ соображеній объ юридическомъ значеніи экспропріаціи. Для нѣмецкихъ юристовъ краткія замѣчанія Гейслера о существѣ правъ экспропріаціи совершенно, можетъ быть, достаточны, но для русской читающей публики мы считаемъ не-

---

1) *Heusler*, eod. стр. 6.

2) *Heusler*, eod. стр. 6.

3) *Heusler*, eod. стр. 6, „das negative Resultat, dass es nicht angeht einfach zu argumentiren: weil die Hoheitsrechte unveräusserlich seien, so können auch Acte der Staatshoheit den Staat nicht binden, und habe er allen solchen Acten gegenüber frei Hand...“

4) *Heusler*, eod. стр. 6. „Dann aber das positive Resultat, dass eben alles in und mit einer Concession dem Concessionäre Zugesicherte für diesen *ein Privatrecht* bildet.

обходимымъ остановиться на изложенiи того историческаго развитія пониманія права экспропріаціи, которое въ германской наукѣ назвали бы „die Dogmengeschichte des Exproprіationsrechts“. Мы возьмемъ въ германской литературѣ рядъ трудовъ, посвященныхъ изученію права экспропріаціи, начиная съ конца пятидесятыхъ годовъ и до настоящаго времени, обращая преимущественное вниманіе на тѣ изслѣдованія, которыя близко соприкасаются съ экспропріаціей желѣзнодорожной. Сюда мы должны отнести по времени первый трудъ въ этой области, книгу *Вильгельма Коха* [1]), посвященную изученію германскихъ желѣзныхъ дорогъ, появившуюся въ шестидесятомъ году. Затѣмъ въ семидесятыхъ годахъ появился трудъ вѣнскаго профессора *Грюнхута* [2]) о желѣзнодорожной экспропріаціи. Кромѣ этихъ двухъ изслѣдованій объ экспропріаціи, преимущественно въ желѣзнодорожномъ правѣ, юридическая природа института принудительнаго отчужденія на основаніи общественной пользы вообще разсматривается въ двухъ работахъ, совершенныхъ выдающимися германскими цивилистами *Геберлиномъ* [3]) и *Лабандомъ* [4]). Наконецъ вслѣдъ за научнымъ теоретическимъ развитіемъ понятія экспропріаціи для ближайшаго знакомства съ этимъ институтомъ мы разсмотримъ новѣйшее спеціальное узаконеніе о правѣ принудительнаго отчужденія на основаніи общественной пользы, именно законъ объ экспропріаціи поземельной собственности отъ 11-го іюня 1874 года для Пруссіи.

Первый по времени изъ названныхъ выше изслѣдователей юридической природы права экспропріаціи *Геберлинъ* видитъ правооснованіе (Rechtsgrund), на которомъ опирается принудительное отчужденіе, не въ правѣ государства на имущество гражданъ, не въ такъ называемомъ „dominium eminens“ или въ верховномъ

---

1) *Dr. Wilhelm Koch*, Deutschlands Eisenbahnen. Versuch einer systematischen Darstellung der Rechtsverhältnisse aus der Anlage und dem Betrieb Derselben. Marburg, 1860, Elwert. Erster Theil. Главнымъ образомъ праву экспропріаціи посвящена 2-я глава: „Gezwungene Abtretung“.

2) *Grünhut*, das Enteignungsrecht, Wien, 1873, въ особенности § 9 „die rechtliche Natur und die Perfection der Enteignung“.

3) *Häberlin*, die Lehre von der Zwangsenteignung oder Expropriation historisch—dogmatisch erörtert, въ Archiv für die civilistiche Praxis, Bd. 39, 1856, особенно §§ 8, 15.

4) *Dr. Paul Laband*, die rechtliche Natur des Retracts und der Expropriation, въ Archiv fur die civ. Praxis, Bd. 52, 1869.

правѣ собственности, но въ *обязанности* гражданъ тамъ, гдѣ ихъ гражданскія права становятся въ противорѣчіе съ интересомъ общественнымъ, поступиться ими для послѣдняго, такъ что граждане обязаны отмѣнить свои права тогда, когда общественный интересъ не можетъ быть достигнутъ безъ прекращенія правъ гражданскихъ. Только изъ этой обязанности гражданъ вытекаетъ право государства требовать, въ случаѣ коллизіи частныхъ правъ съ общественнымъ интересомъ, прекращенія этихъ правъ. Изъ права же гражданъ на защиту своихъ правъ со стороны государства вытекаетъ обязанность государства, если оно требуетъ прекращенія гражданскаго права на основаніи общественной пользы,—представить за него полное вознагражденіе.

Правовое основаніе (Rechtsgrund) экспропріаціи, относимое *Геберлиномъ* къ *обязанности* гражданъ содѣйствовать цѣлямъ государства, выводится имъ изъ такого пониманія назначенія государства, по которому оно является не только правовымъ учрежденіемъ, служащимъ для защиты и охраны правоваго порядка и правъ гражданскихъ, но опирается на высшее нравственное начало. Государство должно устранять препятствія, которыя противодѣйствуютъ осуществленію его нравственнаго назначенія. Поэтому государство должно устраивать учрежденія разнаго рода, чтобы дать человѣку возможность всесторонняго развитія его силъ и дарованій.

Въ соотвѣтствіе съ такимъ самостоятельнымъ назначеніемъ государства, отдѣльныя лица не только обязаны исполнять его законы, но они должны содѣйствовать достиженію цѣлей государства. Эта положительная обязанность отдѣльныхъ лицъ относительно государства можетъ распредѣляться равномѣрно на всѣхъ, какъ напримѣръ всеобщая воинская и податная повинность, или только отдѣльныя лица обязаны поступаться своимъ частнымъ правомъ на пользу общую. Но государство не только налагаетъ обязанности, оно охраняетъ право гражданское, поэтому, изъ обязательнаго отчужденія частнаго права на пользу общую, возникаетъ право на вознагражденіе за отошедшую собственность.

Изъ правооснованія (Rechtsgrund) для права экспропріаціи *Геберлинъ* выводитъ слѣдующій принципъ принудительнаго отчужденія: „принципъ принудительнаго отчужденія, слѣдовательно, является какъ право государства, въ случаѣ коллизіи частныхъ

правъ съ общественными интересами, въ силу лежащаго на всѣхъ гражданахъ государства обязательства содѣйствовать благу государства по мѣрѣ возможности,—требовать даже принудительнаго отчужденія этихъ правъ за полное вознагражденіе“ [1]).

Интересы государства, общины и публики служатъ, по мнѣнію Геберлина, основаніемъ для права экспропріаціи. Поэтому всѣ учрежденія, нуждающіеся для своего осуществленія въ принудительномъ отчужденіи частныхъ земель, должны быть „учрежденіями общественными“ (öffentliche Anlagen), находящимися въ пользованіи у публики и приносящими ей рѣшительную пользу.

Такимъ образомъ дѣйствіе экспропріаціи должно состоять въ томъ, чтобы создать учрежденіе, которое находилось бы непосредственно въ общественномъ пользованіи [2]).

Во взглядѣ на основаніе права экспропріаціи *Геберлинъ* стоитъ совершенно обособленно. Онъ видитъ здѣсь не проявленіе верховенства государства, не dominium eminens, но обязательство всѣхъ гражданъ содѣйствовать цѣлямъ государства, которое, обязанное защищать гражданскія права, должно уплатить вознагражденіе за принудительно отчужденное право.

Право экспропріаціи создаетъ, какъ это думаетъ Геберлинъ, учрежденіе, имѣющее общественное назначеніе, для осуществленія котораго требуется принудительное отчужденіе имущества изъ частнаго обладанія. Такъ какъ обязательство отдѣльныхъ лицъ уступать свое имущество на общую пользу существуетъ на томъ основаніи, что они суть члены государства, содѣйствующаго своею дѣятельностью развитію общества, то одна лишь государственная власть можетъ опредѣлить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ необходимо-ли учрежденіе, преслѣдующее общеполезное назначеніе. Поэтому законъ долженъ установить существуетъ-ли данная общественная потребность [3]). Отсюда *Геберлинъ* дѣлаетъ слѣдующій выводъ: никогда не можетъ быть осуществлено право экспропріаціи, если учрежденіе или предпріятіе, въ пользу которыхъ заявлено требованіе, не дозволены или не предписаны чрезъ осо-

---

1) *Häberlin*, die Lehre von der Zwangsenteignung oder Expropriation, въ Archiv für die civil. Praxis, Bd. 39, стр. 154.

2) *Häberlin*, eod. стр. 164.

3) *Häberlin*, eod. стр. 168.

бый законъ [1]). Право экспропріаціи. слѣдовательно, есть субъективное право учрежденія, созданнаго съ общеполезной цѣлью, которое возникаетъ непосредственно изъ спеціальнаго закона [2]). Въ конечномъ своемъ выводѣ относительно опредѣленія понятія экспропріаціи *Геберлинъ* сходится съ вышеприведеннымъ воззрѣніемъ Гейслера на существо „концессіи", передающей концессіонеру право экспропріаціи. Спеціальный законъ, какъ основаніе для возникновенія права экспропріаціи у *Геберлина*,отождествляется съ привилегіей у Гейслера; у обоихъ этихъ юристовъ основаніе права экспропріаціи есть односторонній актъ государства. Но сходство на этомъ останавливается, такъ какъ Гейслеръ [3]) не разсматриваетъ юридическаго значенія сдѣлокъ, совершаемыхъ въ силу субъективнаго права экспропріаціи, предоставленнаго привилегіей, или спеціальнымъ закономъ (Einzelgesetz у Унгера) [4]).

. Обращаясь къ изученію „юридической природы сдѣлки принудительнаго отчужденія" [5]) Геберлинъ опредѣляетъ сдѣлку принудительнаго отчужденія, какъ „*принудительную продажу*, основанную на законѣ". [6]), Поэтому съ момента совершенія, сдѣлки принудительной продажи на пріобрѣтателя переходятъ всѣ выгоды, съ пріобрѣтеннымъ имуществомъ связанныя, а также на немъ сосредоточиваются всѣ послѣдствія, возникающія изъ поврежденія или гибели отчужденной принудительно вещи. Съ момента совершенія принудительной продажи на пріобрѣтателя переходятъ periculum et commodum вещи имъ купленной. Но право собственности пріобрѣтаетъ онъ только по уплатѣ цѣны вещи [7]). Когда договоръ „принудительной продажи" можетъ быть признанъ совершеннымъ? Противъ примѣненія права экспропріаціи экспропріируемый можетъ, во-первыхъ возразить, почему именно къ нему примѣняется обязательное отчужденіе, затѣмъ, во-вторыхъ, онъ

---

[1]) *Häberlin*, eod. стр. 170.

[2]) *Häberlin*, § 9. in fine.

[3]) *Heusler*, Rechtsgutachten betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Allgemeinen, Bas sel,. 1877, стр. 7.

[4]) *Unger*, Österreich. Privatrecht, 4 Aufl. I Bd. стр. 52.

[5]) *Häberlin*, die Rehre von der Zwangsenteignung, Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 39. § 15 „Lechtliche Natur des Zwangsenteignungsgeschäfts".

[6]) *Häberlin*, eod. стр. 201. „Das Zwangsenteignungsgeschäft ist ein auf einem Gesetze beruhende *nothwendiger Verkauf*".

[7]) *Häberlin*, eod. стр. 202.

можетъ спорить противъ размѣра ему предлагаемаго вознагражденія. Рѣшеніе возраженій перваго рода принадлежитъ правительственнымъ учрежденіямъ, относясь къ такого рода отношеніямъ, регулированіе которыхъ составляетъ принадлежность усмотрѣнія правительственной власти, какія именно имущества признаются необходимыми для общественной пользы. Вопросъ о размѣрѣ справедливаго вознагражденія подсуденъ гражданскимъ судамъ и составляетъ предметъ спора о правѣ гражданскомъ. „Въ такомъ случаѣ надо вернуться къ тому, что сдѣлка по экспропріаціи имѣетъ значеніе купли, и именно принудительной продажи, которая получаетъ завершеніе свое чрезъ судебное опредѣленіе продажной цѣны. Поэтому послѣдствія совершенія договора наступаютъ только тогда, когда рѣшеніе войдетъ въ законную силу". [1]) Если же экспропріирующій вступаетъ во владѣніе принудительно отчужденными землями раньше этого времени, то это допускается лишь, какъ неуклонная необходимость (dringendes Bedürfniss) [2]).

Моментъ совершенія договора принудительной продажи совпадаетъ съ *вступленіемъ рѣшенія о вознагражденіи въ законную силу*; моментъ же перехода права собственности на экспропріированный предметъ пріуроченъ къ *уплатѣ вознагражденія*. Это раздѣленіе между договоромъ, устанавливающимъ обязательственное отношеніе, и дальнѣйшимъ его дѣйствіемъ, состоящимъ въ переходѣ вещнаго права собственности, Геберлинъ относитъ къ „принципу полнаго вознагражденія", въ силу котораго требуется, чтобы „цѣна за экспропріированный предметъ была уплачена до вступленіе во владѣніе и до перехода права собственности". [3]) Но, затѣмъ, когда экспропріирующій уплатитъ цѣну предмета, нѣтъ никакой надобности для перехода права собственности на него, чтобы совершился актъ traditio и не требуется еще особаго присужденія суда [4]).

Вслѣдъ за изслѣдованіемъ Геберлина появляется въ Германіи трудъ *Вильгельма Коха*, [5]) о „германскихъ желѣзныхъ доро-

---

[1]) *Häberlin*, eod. стр. 204.

[2]) *Häberlin*, eod. стр. 204.

[3]) *Häberlin*, eod. стр. 205.

[4]) *Häberlin*, eod. стр. 203.

[5]) *Dr. Wilhelm Koch*, Deutschlands Eisenbahnen, Marburg, 1860. Elwert.

тахъ“, въ которомъ онъ посвящаетъ вторую главу первой части „*принудительному отчужденію*, разсматривая этотъ институтъ всестороннѣе нежели Геберлинъ. Вильгельмъ Кохъ исходитъ изъ того, что для права экспропріаціи имѣютъ значенія два основныя положенія. Во—первыхъ, государство для содѣйствія общественному благосостоянію, въ силу своего верховенства, въ правѣ неограниченно издавать новыя законы, хотя бы чрезъ это были бы нарушены права гражданскія. Во—вторыхъ, граждане государства обязаны тамъ, гдѣ дѣло идетъ о благосостояніи общественномъ, поступаться своими гражданскими правами, если они приходятъ въ столкновеніе съ правами государства, и подчинять ихъ требованіямъ государства, или общественной пользы, какъ болѣе могущественнымъ и высшимъ началамъ.

Но на ряду съ верховнымъ правомъ государства и соотвѣтствующей ему обязанностью гражданъ стоитъ необходимость охраны и признанія собственности, какъ основанія общественнаго строя, что составляетъ одну изъ главныхъ заботъ государственной власти; поэтому законодательство никого не принуждаетъ поступаться, даже ради пользы общей, своимъ правомъ собственности, иначе какъ въ законѣ опредѣленныхъ случаяхъ и порядкѣ, а, главное, только за полное, и, обыкновенно, за предварительное вознагражденіе [1]).

По опредѣленію Коха, право экспропріаціи есть правовой институтъ, актъ права, въ силу котораго обладатели права принуждаются на основаніи общественной пользы къ уступкѣ своихъ правъ государству или управомоченному ими съ этой цѣлью субъекту, но за предварительное вознагражденіе. Отсюда слѣдуетъ, что существенными моментами права экспропріаціи являются—отчужденіе на основаніи общественной пользы и предоставленіе полнаго вознагражденія [2]).

Институтъ права экспропріаціи имѣетъ двойственную природу. Во-первыхъ, онъ принадлежитъ государственному праву, потому что основаніе его имѣетъ государственный характеръ; во-вто-

---

[1]) *Dr. Wilhelm Koch*, eod. § 10. Erster Theil, zweites Kapitel—„Gezwungene Abtretung“. Erster Abschnit—allgemeine Grundzätze in Beziehung auf das Expropriations—Recht.

[2]) *W. Koch*, eod. стр. 23.

рыхъ, по природѣ акта экспропріаціи и по размѣру вознагражденія онъ болѣе относится къ праву гражданскому [1]).

Насъ занимаетъ послѣдняя гражданская сторона въ институтѣ права экспропріаціи, которая подробно разсмотрѣна въ трудѣ *Коха* о германскихъ желѣзныхъ дорогахъ, глава вторая, третій раздѣлъ. Такъ какъ источники германскаго права относительно гражданской природы акта экспропріаціи ничего не говорятъ, примыкая въ этомъ отношеніи къ общему положенію французскаго права, содержащемуся въ ст. 545 code civil, гдѣ постановлено, что „никто не можетъ быть принуждаемъ къ уступкѣ своей собственности, развѣ только на общественныя надобности и притомъ за справедливое и предварительное вознагражденіе",—то Вильгельмъ Кохъ думаетъ найдти руководящее правовое начало для опредѣленія гражданскаго существа права экспропріаціи въ „природѣ отношенія" (aus der Natur der Sache) [2]). Изъ „природы отношеній по экспропріаціи „Кохъ выводитъ, что здѣсь является „юридическая сдѣлка", къ которой должны быть примѣнены основныя положенія купли [3]). Путемъ экспропріаціи, какъ принудительной купли, переходитъ право собственности и погашаются лежащіе на экспропріируемой землѣ сервитуты, но не погашается арендный договоръ [4]). Отсюда Кохъ приходитъ къ слѣдующему выводу о гражданскомъ значеніи права экспропріаціи, основывая свое заключеніе на „природѣ изучаемаго имъ отношенія". По существу своему экспропріація, чрезъ посредство которой принуждаются собственники, или имѣющій сервитутное право къ уступкѣ опредѣленной вещи, или сервитута за полное вознагражденіе—имѣетъ значеніе вынужденной, но тѣмъ не менѣе дѣйствительной купли [5]). Свое построеніе права экспропріаціи, въ его гражданскомъ значеніи, Кохъ опираетъ на текстъ римскаго права, которое давало общее названіе „pro emptore" всякому владѣльцу вещи, не возвратившему ея въ процессѣ виндикаціонномъ (liti sese obtulit), который долженъ былъ уплатить ист-

---

1) *W. Koch*, eod. § 12.

2) *W. Koch*, eod. § 18, стр. 34.

3) *W. Koch*, стр. 35 „der Natur der Sache nach liegt ein Rechtsgeschäft vor, auf welches die Grundsätze des Kaufs Anwendung finden müssen".

4) *W. Koch*, eod. § 18. пр. 6 и 7.

5) *W. Koch*, eod. стр. 36.

цу убытки, удостовѣренные чрезъ присягу [1]). Экспропріирующій, принудительно отчудившій вещь на основаніи общественной пользы, уплативъ за нея вознагражденіе, тоже владѣетъ ею „pro emptore“.

У Геберлина экспропріація принимается въ значеніи „принудительной купли“. Практически никакого различія въ воззрѣніяхъ Геберлина и Коха не существуетъ, потому что оба они считаютъ за моментъ совершенія экспропріаціи, т. е. принудительной продажи или купли, состоявшееся опредѣленіе судебной или административной власти предмета экспропріаціи и вознагражденія за него [2]).

Кромѣ названныхъ писателей право экспропріаціи разсматривается въ значеніи принудительной продажи въ двухъ кодексахъ, составленныхъ въ прошедшемъ столѣтіи. Въ „codex Maximilimus bavaricus civilis“ говорится о „Zwangsverkauf“; въ allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten o „gezwungener Verkauf zum Wohle des gemeinen Wesens“.

Первый кодексъ, который касается экспропріаціи, не указывая на ея значеніе, какъ купли—продажи,—это французскій code civil. Здѣсь помѣщена извѣстная ст. 545, въ которой говорится о томъ, что „никто не можетъ быть принуждаемъ къ *уступкѣ* своей собственности, развѣ только на общественныя надобности и притомъ за справедливое и предварительное вознагражденіе“. Чтобы спасти свое опредѣленіе права экспропріаціи, какъ принудительной купли, Кохъ думаетъ ослабить текстъ французскаго закона о правѣ экспропріаціи, приводя слова *Portalis*, произнесенныя имъ въ „corps legislatif“ по поводу статьи 545 кодекса 26-го вентоза, годъ 12: „l'état est dans ces occasions comme un particulier, qui traite avec un autre particulier. C'est bien assez qu'il puisse contraindre un citoyen *à lui vendre* son héritage“ [3]).

Но если текстъ французскаго кодекса, говоря объ принудительной *уступкѣ* собственности, трудно согласовывается съ теоріями о принудительной куплѣ—продажѣ, которыя защищаютъ Геберлинъ и Кохъ для объясненія юридической природы права

[1]) L. 1. D. pro emptore, 41. 4. „possessor qui litis aestimationem obtulit, pro emptore incipit possidere“.

[2]) *Häberlin*, die Lehre von der Zwangsenteignungs въ Archiv f. civ. Pr. Bd. 39. стр. 204 и *Koch*, eod. стр. 63 и пр. 10 къ § 30.

[3]) *Koch*, eod. § 23, пр. 6.

экспропріаціи, то еще болѣе имъ противорѣчитъ буквальный смыслъ новаго прусскаго закона отъ 11-го іюня 1874 года относительно права экспропріаціи [1]). Здѣсь въ § 2 закона объ экспропріаціи поземельной собственности употребляется выраженіе, гораздо рѣзче выражающее мысль законодателя, нежели слово „уступка" во французскомъ гражданскомъ кодексѣ въ ст. 545. Новый прусскій законъ 11-го іюня 1874 года объ экспропріаціи поземельной собственности говоритъ прямо объ „*отнятіи* (Entziehung) и о „продолжительномъ ограниченіи" (dauernde Beschränkung) поземельной собственности, что совершается на основаніи „королевскаго повелѣнія" (königliche Verordnung), которое указываетъ (bezeichnet) предпринимателя и предпріятіе [2]).

Выраженіе „отнятіе" (Entziehung), употребляемое въ новомъ прусскомъ законѣ объ экспропріаціи поземельной собственности отъ 11-го іюня 1874 года, указываетъ на экспропріацію, не какъ на двустороннюю юридическую сдѣлку, по какъ на односторонній актъ государственной власти,—непосредственное проявленіе верховныхъ его правъ. Подобное возраженіе предусмотрѣно у Вильгельма Коха, который указываетъ, что „собственно экспропріацію не считаютъ двустороннней сдѣлкой, но говорятъ, что это есть односторонній актъ государственной власти, непосредственное проявленіе государственнаго верховенства, ибо законъ вынуждаетъ уступку чрезъ посредство приказа административнаго учрежденія, уравниваемаго съ судебнымъ рѣшеніемъ, и предоставляетъ опредѣленіе вознагражденія суду при выполненіи этого приказа, какъ рѣшенія, вошедшаго въ законную силу" [3]). При такомъ пониманіи экспропріаціи административное учрежденіе постановляетъ *приказъ*, имѣющій значеніе рѣшенія по существу дѣла, суду же остается одно лишь исполнительное производство по разсчету тѣхъ суммъ, которыя должны быть уплачены экспропріированному.

Противъ такого пониманія права экспропріаціи, какъ односторонняго акта государственной власти, Кохъ представляетъ слѣ-

1) Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum, vom 11 Juni 1874 (см. Gesertz—Sammlung für die königlichen Preussischen Staaten, 1874).

2) Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum, vom 11 Iuni 1874 для Пруссіи, ср. § 2.

3) *W. Koch*, eod. стр. 51.

дующія возраженія. Если считать, говоритъ Кохъ, экспропріацію одностороннимъ актомъ государственной власти, то совершеніе экспропріаціи можетъ быть пріурочено къ различнымъ моментамъ. Такъ совершеніе экспропріаціи можетъ быть отнесено,— во первыхъ, къ моменту предъявленія предложенія объ возбужденіи производства по экспропріаціи относительно опредѣленнаго участка, насколько въ этомъ предложеніи содержится изъявленіе того, что извѣстный участокъ подлежитъ отчужденію, за что должно быть уплачено вознагражденіе въ закономъ установленной формѣ. Вслѣдствіе того, что государство дѣйствуетъ при экспропріаціи въ силу своего верховнаго права, экспропріація становится обязательной съ момента заявленія, оглашенія требованія объ принудительномъ отчужденіи на основаніи общественной пользы. Во-вторыхъ, совершеніе экспропріаціи, т. е. тотъ моментъ, когда экспропріантъ не можетъ болѣе отступить отъ сдѣланнаго имъ предложенія объ экспропріаціи и собственникъ получаетъ неоспоримое право на полное вознагражденіе за экспропріируемый предметъ,—можетъ быть отнесенъ къ моменту „подчиненія" экспропріата заявленному ему одностороннему требованію объ экспропріаціи, ибо, можно думать, что пока экспропріатъ не „подчинился" этому требованію, до тѣхъ поръ экспропріантъ можетъ отказаться отъ односторонняго своего заявленія. Наконецъ, въ третьихъ, совершеніе экспропріаціи можетъ быть отнесено къ моменту дѣйствительнаго занятія участка земли, такъ какъ только съ этого времени собственникъ, принудительно лишаемый своего имущества, терпитъ убытки и имѣетъ право требовать вознагражденія [1]).

Экспропріація, по ученію Коха, есть „принудительная купля" (Zwangskauf), матеріальный моментъ совершенія которой относится къ тому времени, когда экспропріатъ приметъ предложенное ему вознагражденіе или возразитъ противъ его недостаточности. Въ первомъ случаѣ купля—продажа совершена, потому что предметъ и цѣна установлены; во-второмъ,—при послѣдовавшемъ возраженіи экспропріата относительно недостаточности вознагражденія,—мы имѣемъ куплю—продажу, дѣйствіе которой отсрочено до тѣхъ поръ, пока не будетъ опредѣлена цѣна принудительно

---

[1]) . *Koch*, eod. стр. 57—58.

отчуждаемаго предмета судомъ [1]). Судебное опредѣленіе размѣра вознагражденія совершается въ порядкѣ „исполнительнаго производства“ [2]), ибо оно наступаетъ ipso jure, вслѣдствіе отказа экспропріата принять предлагаемое ему удовлетвореніе. Поэтому матеріально „принудительная купля“ совершена, такъ что стороны отъ нея не въ правѣ болѣе отказаться, тогда, когда послѣдуетъ „положительное или отрицательное заявленіе“ со стороны экспропріата, принимающаго или уклоняющагося отъ предложеннаго вознагражденія [3]).

Формально экспропаіація совершена послѣ состоявшагося предварительнаго опредѣленія о размѣрѣ вознагражденія. Съ этого момента экспропріантъ не въ правѣ отказаться отъ предъявленнаго имъ требованія объ принудительномъ отчужденіи извѣстнаго участка земли, хотя бы этотъ участокъ оказался впослѣдствіи ему вовсе ненужнымъ; — теперь только экспропріатъ получаетъ право требовать судебнымъ порядкомъ назначенное ему вознагражденіе [4]).

Въ подкрѣпленіе своего ученія объ экспропріаціи Кохъ приводитъ рѣшеніе Кёльнскаго апелляціоннаго суда отъ 31-го августа 1843 года.

„Судебнымъ рѣшеніемъ, или, въ прусскихъ провинціяхъ, гдѣ дѣйствуетъ allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten,— правительственнымъ постановленіемъ, уполномачивающими при экспропріаціи на основаніи общественной пользы государство или осуществляющее его права желѣзнодорожное общество на занятіе извѣстныхъ поземельныхъ участковъ, — право собственности отнимается у частныхъ лицъ и присуждается государству или обществу съ обязательствомъ вознагражденія. Послѣ этого не предоставляется болѣе свободному усмотрѣнію общества уклониться вполнѣ или частью отъ возложенной на него обязанности вознагражденія, отказавшись вовсе отъ занятія земли или ограничиваясь частью ея“ [5]).

---

1) *W. Koch*, eod. стр. 61. „ein betagtes Geschäft“.

2) *W. Koch*, eod. стр. 62. „eine ausführende Handlung“.

3) *W. Koch*, eod. стр. 62. „mit der affirmativen oder negativen Erklärung des Exproprіaten auf das Entschädigungs—Gebot der Zwangskauf als perfekt anzusehen sei“.

4) *W. Koch*, eod. стр. 64—5.

5) *W. Koch*, eod. стр. 66.

Геберлинъ и *Кохъ* объясняютъ право экспропріаціи исключительно на основаніи постановленій и принциповъ права гражданскаго, относя только „принудительность“ его къ началу государственнаго верховенства, не замѣчая того, что „экспропріація вовсе не подчиняется принципамъ гражданскаго права, но напротивъ ихъ видоизмѣняетъ, — что экспропріація не есть осуществленіе права гражданскаго, но нарушеніе значительныхъ гражданскихъ правъ въ интересѣ общественномъ,—что она есть вторженіе государствъ въ частную сферу личности“ [1]). Одинъ изъ выдающихся современныхъ германскихъ юристовъ, страсбургскій профессоръ Павелъ *Лабандъ* указалъ на то, что „управомочіе къ экспропріаціи основано не на гражданскомъ, но на государственномъ правѣ, что экспропріація можетъ совершаться только для достиженія государственныхъ цѣлей, а не исключительно въ виду имущественныхъ интересовъ, какъ совершается осуществленіе правъ гражданскихъ..... Поэтому право экспропріаціи не есть имущественное право, но оно составляетъ часть права государственнаго. Оно основано на подчиненіи лица государству. Экспропріація должна быть отнесена къ повелѣнію власти поданному, она есть актъ верховенства и обязанность подчиниться экспропріаціи не есть гражданское обязательство, но это есть обязанность государственная и подданическая [2]).

Изслѣдуя юридическую природу права экспропріаціи, *Лабандъ* первый указалъ на историческую преемственность между нимъ и другимъ институтомъ правовымъ, который предшествовалъ ему. Лабандъ находитъ сходство между правомъ экспропріаціи и правомъ выкупа; онъ говоритъ, что „право выкупа есть право экспропріаціи, принаровленное къ политическимъ и соціальнымъ отношеніямъ прошедшихъ столѣтій“ [3]). Было время, когда, при отсутствіи правильно организованной правительственной власти, не существовала раціональная полицейская дѣятельность; тогда интересы общества относительно посягательства на нихъ со сто-

---

[1]) *Dr. P. Laband*, die rechtliche Natur des Retracts und der Expropriation, въ Archiv fur die civ. Praxis, Bd. 52. § III, стр. 169.

[2]) *P. Laband*, eod. стр. 170.

[3]) *P. Laband*, eod. стр. 166. „Das Retractsrecht lässt sich mit dem Exproprіationsrecht vergleichen. Das Retractsrecht ist ein Expropriationsrecht, angepasst an die socialen und politischen Verhältnisse der früheren Jahrhunderte“.

роны частнаго лица охранялись посредствомъ институтовъ гражданскаго права. Къ числу такихъ институтовъ принадлежитъ *„право выкупа“* (Retractsrecht). Право выкупа даетъ возможность уничтожить по себѣ дѣйствительно пріобрѣтенное право собственности, перешедшее чрезъ куплю—продажу къ такимъ лицамъ, допущеніе которыхъ къ поземельной собственности нарушало бы соціально-политическіе интересы извѣстнаго общества [1]). Такъ напримѣръ интересы союза родственнаго, какъ соціально-политическаго учрежденія, требовали удержанія поземельной собственности, имѣющей значеніе родоваго имущества, въ средѣ родственниковъ, хотя бы они не составляли территоріальнаго рода, но образовывали бы только родъ кровный. Отсюда возникаетъ институтъ выкупа родовыхъ имуществъ. Городское общество, смежные владѣльцы имѣютъ прямой интересъ въ томъ, чтобы участки земли, принадлежащіе согражданамъ или сосѣдямъ, переходили къ такимъ лицамъ, которыя не относились бы враждебно или безучастно къ интересамъ для всѣхъ ихъ общимъ. Отсюда возникаетъ право выкупа города и сосѣдей относительно дѣйствительно отчужденныхъ участковъ земли, перешедшихъ къ лицамъ, чуждымъ общественнаго единенія съ тѣми союзами, которые, для огражденія своего значенія, посредствомъ права выпуска устраняютъ вступленіе въ ихъ сферу постороннихъ лицъ. Во всѣхъ приведенныхъ примѣрахъ право выкупа имѣетъ государственное значеніе, преслѣдуя интересы общественные, а не выгоды частныхъ лицъ, охраняя соціально-политическое значеніе рода, города и другихъ общественныхъ соединеній. Но съ измѣненіемъ экономическихъ отношеній право выпуска утратило свое государственное значеніе. Государство не заинтересовано болѣе въ удержаніи права выкупа, которое не входитъ въ дѣятельность правительственной власти [2]). „Право выкупа“ (das Retractsrecht) въ смыслѣ государственномъ основано на общности интересовъ извѣстныхъ общественныхъ соединеній. Близкія лица, напримѣръ

---

[2]) *P. Laband*, eod. стр. 183—4 „Das an und für sich gültig erworbene Eigenthum wird von der staatlichen Gesellschaft wegen der dadurch verletzten social—politischen Interessent cassirt“.

[2]) *Laband*, eod. стр. 184. „Da der Staat das Interesse an den Naherrechte verloren hat, so ist die Durchführung des Retractsrechts kein Gegendstant für die Thätigkeit der Verwaltungsbehörden“.

родственники, сосѣди, члены марки, участники въ правѣ собственности общемъ на одно и тоже имущество, имѣютъ, по закону, право требовать отъ продавца, состоящаго съ ними въ указанныхъ отношеніяхъ близости (Näherrecht), чтобы продаваемая вещь была бы имъ прежде другихъ предложена для покупки [1]). Въ противномъ случаѣ вступаетъ въ силу ихъ право выкупа. Съ утратою соціально-политическаго значенія, опирающагося на неприкосновенность землевладѣнія, общественныхъ соединеній, ставшихъ доступными для всѣхъ тѣхъ, кто по личнымъ своимъ свойствамъ удовлетворялъ требованіямъ относительно принятія въ ихъ составъ, право выкупа, въ дѣйствительности, стало служить имущественнымъ интересамъ отдѣльныхъ лицъ, а не поддерживать крѣпость общественныхъ соединеній. Мало того, въ современномъ быту, право выкупа, затрудняя оборотъ имущества, вредно вліяетъ на общественное благосостояніе [2]). Поэтому, въ современномъ правѣ, правила для примѣненія права выкупа не имѣютъ государственнаго характера, какъ это является въ правѣ экспропріаціи, но они опредѣлены точно установленными положеніями права гражданскаго. Отсюда однако не слѣдуетъ того, что право выкупа имѣетъ значеніе субъективнаго права; напротивъ, оно, подобно праву экспропріаціи, является только *совокупностью объективныхъ положеній права*, на основаніи которыхъ, по требованію заинтересованныхъ лицъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ и съ соблюденіемъ опредѣленныхъ формъ происходитъ законный переходъ права собственности [3]). Вслѣдствіе того, что право выкупа есть совокупность объективныхъ положеній права, каждый разъ, какъ возникаетъ на судѣ вопросъ объ примѣненіи этого права, судья долженъ, на основаніи формъ и обрядовъ гражданскаго судопроизводства, рѣшить вопросъ о томъ, имѣеть-ли въ данномъ случаѣ мѣсто право выкупа in con-

---

1) *Walch,* Näherrecht, стр. 233.

2) *Laband,* eod. стр. 182 „Die Retractsrechte erscheinen vielmehr als eine erhebliche Schädigung des Gemeinwohls“.

3) *Laband,* eod. стр. 184—5 „Allein dadurch wird das Retractsrecht noch nicht zu einem subjectiven Rechte (privatrechtlichen Herrschaftsverhältniss), sondern es ist die Auffassung zulässig, dass das Retractsrecht gerade wie das Expropriationsrecht nur *ein Inbegriff von objectiven Reehtsregeln ist,* kraft deren auf Antrag des Interessenten unter gewissen Voraussetzungen und unter Beachtung gewisser Formen ein gesetzlicher Eigenthumsübergang stattfindet“.

creto [1]). Этой точки зрѣнія держится у насъ въ Россіи уставъ гражданскаго судопроизводства, въ которомъ производство о правѣ выкупа отнесено къ дѣламъ, разсматривающимся въ порядкѣ охранительномъ (jurusdictio voluntaria) [2]), потому что здѣсь разбирается не спорное отношеніе, изъ субъективнаго права возникающее, но охраняется въ конкретномъ случаѣ примѣненіе нормъ объективнаго права, на основаніи которыхъ происходитъ переходъ права собственности. Подобныя же отношенія мы видимъ при охранѣ наслѣдства, раздѣлѣ его, вводѣ во владѣніе и безвѣстномъ отсутствіи, гдѣ охраняемыя нормы объективнаго права служатъ основаніемъ для перехода права собственности къ наслѣднику [3]), отдѣленному изъ общаго права собственности [4]), введенному во владѣніе [5]) или получившему имущество послѣ безвѣстноотсутствующаго [6]).

Понятіе объ правѣ выкупа, какъ совокупности объективныхъ положеній права, на основаніи которыхъ, по требованію заинтересованныхъ лицъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, напр. при продажѣ чужеродцу родоваго имѣнія, съ соблюденіемъ опредѣленныхъ формъ судопроизводства, относительно даннаго примѣра—правилъ охранительнаго судопроизводства о выкупѣ родовыхъ имѣній,—происходитъ переходъ права собственности,—это понятіе необходимо и правильно, какъ это очевидно изъ того, что ни одинъ изъ способовъ пріобрѣтенія гражданскихъ правъ не можетъ быть примѣненъ къ пріобрѣтенію посредствомъ права выкупа. Для обоснованія права выкупа нельзя привести ни давностнаго владѣнія, ибо выкупающій не владѣлъ отчужденнымъ имѣніемъ, ни договора, ни завѣщанія, ибо отчужденіе совершилось очевидно вопреки волѣ выкупающаго и актъ выкупа есть сдѣлка, между живыми совершаемая; столь же мало можно утверждать право выкупа на уступкѣ права (quo ad jus), или его осущест-

---

1) *Laband,* eod. стр. 184.

2) Уст. Гр. Суд. ст. 1438—1450.

3) Уст. Гр. Суд. ст. 1408, Врем. прав. о дух. завѣщ. 1860 г. 5-го апр. (прилож. къ ст. 1012 св. зак. гр.) ст. 16.

4) Уст. Гр. Суд. ст. 1420, но здѣсь допускается искъ о передѣлѣ въ общемъ порядкѣ.

5) Уст. Гр. Суд. ст. 1425.

6) Уст. Гр. Суд. ст. 1455, 1459.

вленія (quo ad exercitium) выкупающему, опирающемуся не на уступкѣ ему управомочій, но на объективныя нормы, признающія за ними самостоятельное правоотношеніе, въ силу котораго нѣсколько лицъ въ извѣстной послѣдовательности имѣютъ возможность совершить квази-экспропріацію [1]). Гражданскій искъ, основанный на правѣ выкупа, исходитъ не изъ обязательства владѣльца земли, подлежащей уступкѣ выкупающему ее, потому что право выкупа не обязываетъ отвѣтчика—владѣльца ни къ какому положительному дѣянію или воздержанію, но заставляетъ его подчиняться тому, что земля, имъ купленная, будетъ у него, въ силу постановленій закона, взята [2]). Гражданскій искъ о правѣ выкупѣ еще менѣе основывается на правѣ вотчинномъ, или вещномъ истца, ибо истецъ опирается не на свое вещное право, но ищетъ того, чтобы оно за нимъ было установлено. Истецъ требуетъ судебнаго признанія и укрѣпленія за нимъ управомочія присвоить себѣ одностороннимъ актомъ, а не произвольнымъ, право собственностя на участокъ земли [3]). Судъ устанавливаетъ, что въ данномъ случаѣ существуетъ наличность фактическихъ обстоятельствъ, когда законъ допускаетъ переходъ права собственности, не обращая вниманіе на волю прежняго собственника. Относительно права выкупа судебное рѣшеніе, вошедшее въ законную силу, имѣетъ тоже самое гражданское дѣйствіе, какъ окончательное опредѣленіе объ экспропріаціи надлежащаго административнаго учрежденія въ случаѣ принудительнаго отчужденія на основаніи общественной пользы: право собственности на выкупаемый земельный участокъ переходитъ къ выкупащему на основаніи закона [4]). Право выкупа создаетъ гражданское обязательство, возникающее изъ полу-договора (quasi ex contractu) для выкупающаго, [5]) который обязанъ вознаградить владѣльца выкупаемой земли въ размѣрѣ той суммы, которая имъ была уплачена при покупкѣ. Это обязательство

---

[1]) *Laband,* eod. стр. 188. „Retractsrechte als objective Normen betrachtet, durch welche gewissen Personen in bestimmter Reihenfolge die Möglichkeit einer Quasi—Expropriation verstattet wird“.

[2]) *Laband,* eod. стр. 188, пр. 53.

[3]) *Laband,* eod. стр. 118, пр. 54.

[4]) *Laband,* eod. стр. 188—9.

[5]) *Wolch,* Näherrecht, стр. 233.

о вознагражденіи владѣльца въ размѣрѣ цѣны купленной земли, отходящей отъ пріобрѣтателя на основаніи права выкупа,—исполняется до перехода къ выкупающему права собственности на землю, принудительно имъ требуемую. Но логически это обязательство вознагражденія, возникая изъ полу-договора, можетъ только слѣдовать за этимъ переходомъ права собственности на выкупающаго, съ того лишь момента обязаннаго вознаградить купившаго имущество, подлежащее праву выкупа [1]).

Намъ остается сдѣлать еще одно замѣчаніе о томъ мѣстѣ, которое должно занимать право выкупа въ системѣ права гражданскаго на основаніи даннаго опредѣленія его понятія. Право выкупа не можетъ быть включено въ разрядъ вещныхъ правъ, ибо оно не основывается ни на какомъ вещномъ отношеніи, но только стремится установить вещное право. Оно не можетъ быть отнесено къ обязательственному праву, потому что не основывается на обязательствѣ пріобрѣтателя земли уступить купленную имъ землю, подлежащую выкупу, ибо обязательство создается чрезъ выкупъ на сторонѣ выкупающаго, который долженъ удовлетворить, вознаградить владѣльца выкупленной земли въ размѣрѣ покупной цѣны. „Право выкупа, подобно праву экспропріаціи, должно быть изложено при ученіи о пріобрѣтеніи и потери собственности въ силу закона и на основаніи этого принципа оно должно быть развито догматически“ [2]).

Право выкупа отождествляется съ правомъ экспропріаціи въ своемъ гражданскомъ дѣйствіи, которое для обоихъ состоитъ въ томъ, что право собственности переходитъ къ экспропріанту и къ выкупающему за полное вознагражденіе [3]).

Но право экспропріаціи отличается отъ права выкупа тѣмъ, что послѣднее, послѣ утраты прежде за нимъ признававшагося государственнаго значенія, когда оно основывалось на соціально—политическихъ интересахъ извѣстныхъ общественныхъ соединеній, напр. рода, городскаго общества, просто сосѣдства, сохранило только значеніе для имущественныхъ интересовъ отдѣльнаго

---

1) *Laband*, eod стр. 190.

2) *Laband*, eod. стр. 190. „Wie das Exproprìationsrecht bei der Lehre vom Erwerb und Verlust des Eigenthums kraft Gesetz zu erörtern und von diesem Princip aus dogmatisch zu entwickeln ist, so ist das Retractsrecht“.

3) *Laband*, eod стр. 171.

лица, [1]) напротивъ того право экспропріаціи, по опредѣленію Лабанда, проявляется, какъ отмѣна права собственности въ силу положенія государственнаго права. [2]) Существенное дѣйствіе экспропріаціи состоитъ въ томъ, что, на сколько въ намѣреніе экспропріанта входитъ пріобрѣтеніе права собственности, къ нему переходитъ во всякомъ счучаѣ это право, не требуя для этого никакой традиціи, но совершается переходъ въ силу закона. [3]) Подобные способы перехода права собственности въ силу закона извѣстны въ правѣ государственномъ, международномъ и уголовномъ. Этимъ тремъ областямъ соотвѣтствуютъ—экспропріація, военное занятіе и конфискація [4]).

Военное занятіе—occupatio bellica, die Erbeutung,—основано на томъ началѣ международнаго права, въ силу котораго собственность казны (фиска) непріятельскаго государства, или, что допускалось лишь въ прежнее время, даже частная собственность гражданъ непріятельскаго государства—прекращалась и открывалась юридическая возможность пріобрѣтенія собственности на сторонѣ государства, или солдатъ, сдѣлавшихъ захватъ.

Конфискація основана на положеніяхъ уголовнаго права; дѣйствіе ея состоитъ въ устраненіи гражданскаго права за лицомъ, имущество котораго подлежитъ конфискаціи, т. е. переходу въ обладаніе государства, принимаемаго въ значеніи казны.

На основаніи этихъ явленій права международнаго и уголовнаго Лабандъ ставитъ вопросъ: почему же положенія права государственнаго не могутъ имѣть подобнаго же дѣйствія для прекращенія гражданскаго права въ лицѣ управомоченнаго и перенесенія его на государство или его представителя. Почему государственная власть не можетъ прекратить право собственности одностороннимъ актомъ? [5]).

---

[1]) *Labanb,* eod. стр. 184.

[2]) *Laband,* eod. стр. 178.

[3]) *Laband* обращаетъ особенное вниманіе на то, что при дѣйствіи права экспропріаціи право собственности переходитъ въ силу закона на экспропріанта, а не чрезъ посредство традиціи. Онъ говоритъ: „Wir müssen uns von dem Gedanken frei machen, den Eigenthumsübergang bei der Expropriation auf eine Tradition zurückzuführen. Der Eigenthumsübergang erfolgt vielmehr durch Gesetz". Ср. *Laband,* die rechtliche Natur des Retracts und der Expropriation, въ Archiv für d. civ. Praxis, Bd. 59, 1869, стр. 178.

[4]) *Laband,* eod. стр. 178—9 „diesen drei Rechtsgebieten entsprechen—die Expropriation, die Erbeutung, die Confiscation.

[5]) *Laband,* eod. стр. 179.

Указываемая аналогія между правомъ экспропріаціи, военнымъ занятіемъ и конфискаціей не устраняетъ существеннаго между ними различія. Отнятіе [1]), права собственности, въ случаѣ примѣненія права экспропріаціи, происходитъ не изъ вражды, какъ это имѣетъ мѣсто при военномъ занятіи, и не въ наказаніе за преступленіе, что совершается при конфискаціи уголовной, но это есть *жертва* (Opfer у Лабанда) [2]), налагаемая государствомъ на своихъ членовъ и которая не должна превышать того, что требуется въ интересѣ общественномъ. Примѣняя право экспропріаціи, государство уничтожаетъ собственность частнаго лица, но оно не можетъ, оно не имѣетъ никакого основанія въ то же время уничтожать, или уменьшать имущество своихъ гражданъ. Вслѣдствіе этого государство даетъ экспропріату право но вознагражденіе, которое возникаетъ изъ экспропріаціи, но не имѣетъ мѣсто при „военномъ занятіи или конфискаціи".

Обращаясь къ установленію основанія для права экспропріаціи, Лабандъ говоритъ, что въ этомъ правоотношеніи государство и собственникъ находятся не въ отношеніи вѣрителя и должника, но въ положеніи власти и подвластнаго. Обязанность предоставить свою землю на государственную или общественную пользу за вознагражденіе столь же мало есть обязательство какъ обязанность быть свидѣтелемъ, опекуномъ, присяжнымъ засѣдателемъ въ процессѣ уголовномъ [3]). Право экспропріаціи есть безспорное право государства, подобно праву его взимать налоги и разные сборы.

Обязанность поступиться своей землей для государственной пользы (die Abtretungspflicht у Лабанда) [4]) окончательно устанавливается правительственною властью, которая принуждаетъ къ ея исполненію точно также, какъ это дѣлаетъ относительно другихъ государственныхъ обязанностей. Право экспропріаціи не создаетъ обязательствъ на сторонѣ экспропріата къ доставленію того, что требуется отъ него на основаніи принудительнаго отчужденія для государственной пользы. Экспропріація, понимаемая

---

[1]) Терминъ „*отнятіе*" взятъ нами изъ закона объ экспропріаціи поземельной собственности отъ 11 іюня 1874 года для Пруссіи, гдѣ въ § 2 употреблено выраженіе „*die Entziehung*".

[2]) *Laband*, eod. стр. 179.

[3]) *Laband*, eod. стр. 176.

[4]) *Laband*, eod. стр. 177.

въ значеніи акта государственнаго права, не допускаетъ промежуточнаго обязательства между моментомъ изданія повелѣнія со стороны государства и моментомъ исполненія его. Вставка такого промежуточнаго обязательства не только совершенно лишняя для юридической конструкціи права экспропріаціи, но она неправильна (unrichtig у Лабанда) [1]).

Заслуга Лабанда въ изъясненіи понятія права экспропріаціи именно въ томъ заключается, что онъ, вопреки всѣмъ предшествующимъ изслѣдователямъ этого института [2]), доказалъ безполезность введенія „посредствующаго предварительнаго обязательственнаго правоотношенія“, говоря, что право экспропріаціи имѣетъ непосредственное отношеніе къ экспропріату, подчиняющемуся ему въ силу началъ государственнаго права, примѣненіе которыхъ къ конкретному случаю опредѣляетъ правительственная власть [3]). Въ этомъ смыслѣ изслѣдованіе страсбурскаго профессора *Лабанда* „о правѣ выкупа и правѣ экспропріаціи“, помѣщенное въ старѣйшемъ журналѣ по гражданскому праву въ Германіи—въ „Archiv für die civilistische Praxis“, основанномъ знаменитымъ Тибо, составляетъ эпоху въ изученіи столь важнаго въ современномъ правѣ института принудительнаго отчужденія на основаніи государственной пользы. Вмѣсто „посредствующаго предварительнаго обязательственнаго правоотношенія“, на необходимость котораго указываетъ *Мейеръ* [4]) въ своей книгѣ объ экспропріаціи, Лабандъ даетъ праву экспропріаціи значеніе непосредственнаго подчиненія экспропріата требованіямъ государства. Если бы, дѣйствительно, въ правѣ экспропріаціи существо-

---

1) *Laband,* eod. стр. 176—7.

2) Кромѣ названныхъ выше трудовъ Haeberlin и Koch, сюда относятся изслѣдованія объ правѣ экспропріаціи *Meyer,* das Recht der Exproprіation;—*Thiel,* das Etpropriationsrecht und das Expropriationsverfahren;—*Beschorner,* das deutsche Eisenbahnrecht;—*Buddeus* статья въ allg. Encyclopédie von Erscsh und Gruber, sub v-o Expropriation;—*Brinz,* статья въ Bluntschli und Bratery deutsches Staatswörterbucg, III, sub v-o Expropriation;—*Mittermaier,* статья in Rotteck und Welker's Staatslexicon, V, sub. v-o Expropriatio; *Pollanez und Wittek,* Sammlung der das österreichische Eisenbahnwesen betrefenden Gesetze, Verordnungen.

3) *Laband,* eod. стр. 177.

4) *Meyer*, das Recht der Expropriation, стр. 185 „durch ein *vorhergehendes obligatorisches Rechtsverhältniss vermittelt* zu werden“.

вало бы подобное предварительное посредствующее обязательство, то простая логическая послѣдовательность требовала бы, чтобы былъ также и искъ объ исполненіи обязательства, когда оно не приводится въ исполненіе добровольно. Экспропріантъ, въ такомъ предварительномъ посредствующемъ обязательствѣ, имѣлъ бы значеніе *покупщика*, относительно котораго экспропріатъ уклоняется выполнить куплю [1]). Къ такому объясненію, какъ мы видѣли, прибѣгаютъ Геберлинъ, Кохъ, искусственность построенія которыхъ становится очевидной изъ того, что иска гражданскаго объ принудительно отчуждаемой землѣ въ правѣ экспропріаціи нѣтъ вовсе; слѣдовательно нѣтъ и обязательства экспропріата, но существуетъ его подчиненіе закону, предписывающему въ данномъ случаѣ „отнятіе“ (die Entziehung въ прусскомъ законѣ объ экспропріаціи 11 іюня 1874) земли частнаго лица для пользы общей.

Право экспропріаціи создаетъ обязанность экспропріанта вознаградить экспропріата за принудительно отнятую у него землю. Эта обязанность имѣетъ вполнѣ правильное гражданское значеніе, [2]) оно ложится на государство, не какъ на публичное учрежденіе, но какъ на фискъ, или юридическое лицо. Обязательство экспропріанта доставить вознагражденіе экспропріату возникаетъ изъ акта воли обязаннаго лица, которое, по свободной своей инціативѣ, предложило примѣнить законъ объ экспропріаціи, чего достигнувъ, оно становится въ обязательственное отношеніе къ экспропріату [3]).

Вознагражденіе экспропріата, подобно уплатѣ цѣны выкупа, по времени предшествуетъ отнятію (die Entziehung) собственности, но логически отчужденіе права собственности есть предварительный актъ, изъ котораго возникаетъ гражданское обязательство экспропріанта вознаградить экспропріата, какъ послѣдствіе принудительнаго перехода права собственности на основаніи общей пользы изъ частнаго обладанія во владѣніе государства или его представителя [4]).

---

[1]) *Laband*, eod. стр. 176—7.

[2]) *Laband*, eod. стр. 179.

[3]) *Laband*, eod. стр. 180 „durch einen Willensact des Verpflichteten“.

[4]) *Laband*, eod. стр. 181. Прямо противоположнаго мнѣнія держится *Геберлинъ*, который говоритъ, что „принципъ полнаго вознагражденія требуетъ, что-

Опредѣляя гражданское значеніе права экспропріаціи, Лабандъ приходитъ къ слѣдующему выводу:

„Гражданское значеніе права экспропріаціи состоитъ не въ переходѣ права собственности за уплату ея стоимости, цѣны, какъ понятія логически однороднаго, что мы видимъ въ куплѣ—продажѣ;—но право экспропріаціи есть переходъ права собственности въ силу закона, на основаніи односторонняго правительственнаго акта и затѣмъ, какъ непосредственный результатъ возникаетъ одностороннее требованіе экспропріата о вознагражденіи“ [1]).

Отсюда мы приходимъ къ слѣдующей систематизаціи права экспропріаціи. Экспропріація подлежитъ тройственному разчлененію. Она относится къ праву государственному, а также къ гражданскому въ двухъ его отдѣлахъ, къ способамъ пріобрѣтенія и потери права собственности и къ обязательственнымъ отношеніямъ, возникающимъ изъ закона. „Управомочіе въ экспропріаціи, опредѣленіе отдѣльныхъ случаевъ, въ которыхъ она можетъ быть примѣнена, и производство по разслѣдованію существуетъ-ли въ дѣйствительности такой случай,—все это относится къ государственному праву, а именно въ частности къ такъ называемому административному праву въ противоположность праву государственнаго устройства. Наоборотъ, право экспропріаціи должно быть изложено въ правѣ гражданскомъ въ ученіи о собственности, какъ способъ прекращенія или пріобрѣтенія собственности. Наконецъ обязанность экспропріанта къ вознагражденію прежняго собственника должно быть отнесено къ полудоговорнымъ обязательствамъ или обязательствамъ по закону [2]).

Еще далѣе идетъ въ развитіи понятія о правѣ экспропріаціи, какъ акта государственнаго ирава, новѣйшій изслѣдователь этого

бы цѣна экспропріированнаго предмета была уплачена до вступленія во владѣніе и до перехода права собственности. Ср. *Häberlin, die Lehre von der Zwangsenteignung oder Expropriation,* въ Archiv für die civil. Praxis. Bd. 39 стр. 205. *Кохъ* считаетъ формальный моментъ, совпадающій съ рѣшеніемъ суда или административнымъ распоряженіемъ, уполномачивающимъ къ занятію опредѣленныхъ участковъ земли,—основаніемъ перехода права собственности и возникновенія обязанности вознагражденія. Ср. *Koch. Deutschlands Eisenbahnen,* стр. 63—6 и пр. 10 къ § 30.

[1]) *aband,* eod. стр. 181—2.

[2]) *aband,* eod. стр. 182.

института въ германской литературѣ профессоръ вѣнскаго университета *Грюнхутъ* [1]).

Обращаясь къ указанному нами разнообразію высказанныхъ въ наукѣ права ученій о существѣ права экспропріаціи, Грюнхутъ весьма справедливо замѣчаетъ, что „юридическое построеніе правоотношеній, возникающихъ вслѣдствіе экспропріаціи, весьма спорно“. Среди разнорѣчивыхъ опредѣленій права экспропріаціи большинство писателей держится того мнѣнія, что экспропріація есть „*принудительная продажа*“ (gezwungener Verkauf). Принудительность отчужденія по себѣ не противорѣчитъ признанію экспропріаціи въ значеніи купли-продажи. Продажа съ публичнаго торга, совершаемая кредиторомъ для удовлетворенія присужденнаго ему требованія обращеннаго къ исполненію на движимое или недвижимое имущество должника, имѣетъ характеръ принудительной продажи, но тѣмъ не менѣе переходъ имущества, поступившаго въ публичную продажу, къ давшему наибольшую за него цѣну, совершается на основаніи состоявшагося договора купли-продажи. Только фактическое стѣсненіе свободы воли устраняетъ возможность соглашенія, которое имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда на волю контрагентовъ наложена извѣстная необходимость самимъ правомъ. Поэтому сторонники такого пониманія права экспропріаціи, по которому оно является въ значеніи „принудительной продажи“, не потому дѣлаютъ невѣрное построеніе разсматриваемаго здѣсь института, что экспропріація совершается на основаніи принудительнаго требованія государства, но вслѣдствіе того, что положенія о договорѣ купли-продажи вовсе непримѣнимы къ экспропріаціи. Экспропріантъ не можетъ быть сравненъ въ юридическомъ своемъ значеніи съ покупщикомъ, потому что онъ основываетъ свой юридическій титулъ на законѣ, а не на волѣ экспропріата. Затѣмъ, рѣшеніе объ экспропріаціи переноситъ къ государству или къ его органической части право собственности на экспропріированный предметъ, такъ что нѣтъ надобности въ особой traditio. Послѣднее положеніе Грюнхута находитъ полное свое подкрѣпленіе въ прусскомъ законѣ объ экспропріаціи поземельной собственности отъ 11-го іюня 1874 года, гдѣ въ § 32 содержится постановленіе, что „объявленіе объ экс-

---

[1]) *Grünhut,* das Enteignungsrecht, Wien, 1873.

пропріаціи заключаетъ въ себѣ вводъ во владѣніе" и не требуется, слѣдовательно, особаго акта (traditio) владѣльческаго отношенія. Наконецъ право экспропріаціи тѣмъ отличается отъ принудительной купли-продажи, что при экспропріаціи право на землю экспропріата превращается въ право на вознагражденіе, размѣръ котораго до поры остается неизвѣстнымъ. Бывшій собственникъ становится только вѣрителемъ, которому дается гарантія его требованія въ томъ, что онъ удерживаетъ экспропріированную вещь до уплаты ея стоимости. Въ цитированномъ выше § 32 прусскаго закона объ экспропріаціи 11-го іюня 1874 года находится легальное подтвержденіе послѣдняго положенія Грюнхута. Здѣсь узаконено, что экспропріація земли объявляется, а съ этимъ объявленіемъ связанъ переходъ владѣнія и извѣщеніе учрежденій, ведущихъ поземельныя книги, о состоявшейся экспропріаціи (ст. 33 eod.), — когда доказано, что окончательно опредѣленная сумма вознагражденія правильно уплачена (ст, 32, п. 2. eod.). Слѣдовательно до состоявшейся уплаты цѣны экспропріированнаго участка экспропріатъ удерживаетъ его въ своемъ владѣніи, какъ гарантію своего требованія о вознагражденіи за отошедшій отъ него участокъ.

Не имѣя никакого сходства съ принудительной куплей—продажей, экспропріація не есть вообще юридическая сдѣлка, но имѣетъ значеніе *мѣропріятія административной власти.* Государственная власть проявляетъ свое верховное право и односторроннимъ актомъ предписываетъ обязанность уступить земли, частнымъ лицамъ принадлежащія. Право экспропріаціи опирается на одностороннемъ изъявленіи воли государственной власти, а не на гражданскомъ обязательствѣ. Здѣсь имѣетъ мѣсто пріобрѣтеніе по закону, пріобрѣтеніе ipso iure въ силу объективнаго права, независимо отъ воли прежняго собственника [1]). При экспропріаціи переходъ права собственности совершается безусловно [2]), хотя бы экспропріируемый предметъ вообще не подлежалъ бы продажѣ, напр. если это заповѣдное имѣніе [3]),—хотя бы все

---

[1]) *Grünhut,* eod. § 9 „die rechtliche Natur und die Perfection der Enteignung". стр. 183.

[2]) *Grünhut,* eod. стр. 180.

[3]) Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum, vom 11 Iuni 1874 для Пруссіи § 17, п. 3. „Владѣльцы ленныхъ или заповѣдныхъ имѣній могутъ со-

производство по экспропріаціи совершено было относительно недѣйствительнаго собственника [1]), наконецъ переходъ права собственности на основаніи права экспропріаціи совершается вполнѣ свободно отъ прежнихъ гипотекъ и другихъ вещныхъ правъ [2]).

Все что высказалъ Грюнхутъ относительно юридической природы права экспропріаціи, какъ односторонняго акта государственной власти, находитъ свое подкрѣпленіе въ новѣйшемъ законодательномъ памятникѣ, регулирующимъ экспропріацію въ современномъ правѣ. Но затѣмъ, все что онъ говоритъ объ юридическомъ значеніи „вознагражденія“, слѣдующаго экспропріату не находитъ поддержки ни въ литературѣ научной, ни въ источникахъ права. Грюнхутъ думаетъ, что „изъ существа государственнаго общежитія слѣдуетъ, что экспропріантъ обязанъ уплатить вознагражденіе. Это есть государственная обязанность, подобно ей соотвѣтствующей обязанности уступить свою землю. Субъектъ обязательства о вознагражденіи тождественѣ съ субъектомъ пра-

вершать договоры о добровольной уступкѣ экспропріируемыхъ земель съ согласія двухъ ближайшихъ агнатовъ“, слѣд. когда не состоится добровольная уступка, тогда право экспропріаціи примѣняется безусловно къ заповѣднымъ и леннымъ имѣніямъ. При экспропріаціи „не имѣютъ мѣста запрещенія отчужденія, которыя существуютъ съ цѣлью предотвратить раздробленіе земель (§ 17 п. 4. eod.)

1) Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum, von 11 Iuni 1874, § 5 говоритъ не о собственникѣ земли экспропріируемой, но о ея владѣльцѣ (Besitzer).

2) Gesetz von 11 Iuni 1874 § 48. „Если экспропріированная земля ограничена вещными правами, гипотеками, долгами, внесенными въ поземельную книгу, то собственникъ въ правѣ распорядиться суммой вознагражденія, если лица, имѣющія вещныя права, на это согласятся“. Слѣд. субъекты вещныхъ правъ на экспропріированную землю получили самостоятельное право на уплаченное за нее вознагражденіе, земля же освободилась путемъ экспропріаціи отъ всякаго ограниченія. Еще явственнѣе это выступаетъ изъ § 49 закона объ экспропріаціи въ Пруссіи отъ 11-го іюня 1874 года. „Собственникъ земли въ правѣ потребовать посредничества по крестьянскимъ дѣламъ присутствія (Auseinanderzetzungsbehörden) для опредѣленія владѣльческихъ (gutsherrlicher) и крестьянскихъ (bäurlicher) отношеній выкупа (Ablösungen) и раздѣла общаго владѣнія (Gemeinheitstheilungen). Присутствіе по крестьянскимъ дѣламъ должно рѣшить предъявленныя къ нему требованія по правиламъ для огражденія правъ 3-хъ лицъ при назначеніи выкупнаго капитала въ §§ 110—12 закона 12 марта 1850 относительно выкупа повинностей и опредѣленія владѣльческихъ и крестьянскихъ отношеній.

ва экспропріаціи. Обязанность вознагражденія ложится на правительство, какъ таковое, въ силу его значенія, какъ экспропріанта... Частныя лица, въ пользу которыхъ правительство осуществляетъ право экспропріаціи, не являются собственно субъектами обязательства о вознагражденіи, они дѣйствуютъ лишь по уполномочію правительства, и когда они не выполнятъ принятыя обязательства, тогда выдвигается впередъ обязательство собственно обязаннаго, т. е. правительства [1]".

Мысль Грюнхута ясна: онъ желаетъ сдѣлать правительство главнымъ отвѣтственнымъ субъектомъ относительно обязанности вознагражденія экспропріированныхъ собственниковъ въ случаѣ неисправности тѣхъ лицъ, которыя получили отъ правительства право совершить принудительное отчужденіе на основаніи общественной пользы за опредѣленное вознагражденіе. Мы оставляемъ въ сторонѣ хозяйственныя послѣдствія подобной теоріи, вводящей законную гарантію государства всѣхъ общественныхъ предпріятій на случай ихъ несостоятельности вознаградить экспропріантовъ. Укажемъ только, что теорія Грюнхута не находитъ подкрѣпленія въ новѣйшемъ источникѣ права экспропріаціи. Въ прусскомъ законѣ отъ 11-го іюня 1874 года объ экспропріаціи въ § 42 ч. 3 содержится прямо противоположное правило: „если предприниматель откажется отъ предпріятія послѣ состоявшагося правительственнаго опредѣленія о вознагражденіи, то собственникъ имѣетъ право выбора: 1) требовать вознагражденіе за убытки отъ производства по экспропріаціи, или 2) требовать уплаты за уступку земли въ порядкѣ судебномъ". Что отвѣтчикомъ здѣсь является только предприниматель, а не правительство,—это прямо явствуетъ изъ буквальнаго смысла ст. 42, п. 2 цитированнаго закона, гдѣ установлено, что „*предприниматель* отвѣчаетъ судебнымъ порядкомъ управомоченнымъ по вознагражденію за убытки, причиненные имъ производствомъ по экспропріаціи".

Не только источники права относительно экспропріаціи не оправдываютъ теоріи Грюнхута объ одностороннемъ обязательствѣ правительства вознаградить экспропріантовъ, но въ научной литературѣ господствуетъ прямо противоположный взглядъ. Напомнимъ здѣсь опредѣленіе Либанда, ближе другихъ писателей

---

1) *Grünhut*, eod. стр. 184.

сходящагося съ Грюнхутомъ въ пониманіи юридическаго значенія права экспропріаціи, какъ односторонняго акта государственной власти, но считающаго „обязанность вознагражденія экспропріата за отошедшую у него землю исключительно гражданскимъ обязательствомъ, которое должно быть отнесено къ рязряду полудоговоровъ или обязательствъ, возникающихъ изъ закона [1])“. Грюнхутъ остается одинъ со своимъ ученіемъ о государственномъ значеніи обязанности вознаградить экспропріата, не имѣя ни послѣдователей, ни опоры въ постановленіяхъ источниковъ дѣйствующаго права. Онъ пе остановился предъ столь крайнимъ выводомъ изъ своего ученія объ вознагражденіи, привлекая къ обязательству, его доставить государство во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда предприниматель, совершавшій экспропріацію, окажется несостоятельнымъ къ ея уплатѣ [2]).

Право экспропріаціи уступается государствомъ частному предпринимателю посредствомъ акта государственной власти, называемаго *концессіей*. Предоставленіе права экспропріаціи составляетъ наиболѣе значительную часть въ содержаніи концессіи, потому что только такимъ путемъ концессіонеръ получаетъ возможность осуществить предпріядіе, выполненіе котораго ему дозволено. Поэтому становится понятна тѣсная связь между значеніемъ въ правѣ экспропріаціи и концессіи. Для уясненія юридической природы послѣдней мы изложили господствующее въ наукѣ права пониманіе первой. Существенный выводъ, къ которому насъ приводитъ изученіе юридической природы права экспропріаціи по отношенію къ опредѣленію понятія концессіи, сосооитъ въ томъ, что если въ правѣ экспропріаціи доказана возможность созданія гражданскихъ правъ посредствомъ акта государственнаго верховенства, то точно также въ концессіи все, обезпеченное чрезъ нея концессіонеру, становится для него гражданскимъ правомъ [3]).

---

[1]) *Laband*, die rechtliche Natur des etracts und der Exrpropriation, въ Archiv fur civ. Praxis, Bd. 52, стр. 179, 182.

[2]) *Grünhut*, das Enteignungsrecht, стр. 184. „... die Privatpersonnen, zu deren Gunsten von der Verwaltung das Enteignungsrecht 'ausgeübt wird— sie sind *nicht* die eigentliche Subjecte der Entschädigungspflicht; sie treten nur über Delegation der Verwaltung ein, und wenn sie die übernommene Verpflichtung nicht erfüllen, *so tritt die Verbindlichkeit* des *eigentlichen Verpflichteten*, *der Verwaltung in erste Linie*.

[3]) *Heusler*, echtsgutachten berteffend die rechtliche Natnr der Eisenbahncon-

§ 5. Гражданское значеніе „концессіи“. Отождествленіе патента и концессіи.—Историческое развитіе гражданской стороны въ концессіяхъ.

Всякая концессія, говоритъ Гейслеръ, какъ бы она ни была ограничена и прекарна, даже такая, которая выдана до отмѣны, совершаемой по усмотрѣнію выдавшаго ее, — основываетъ для концессіонера *право гражданское* [1]). Примѣромъ такой ограниченной концессіи можетъ служить концессія, выдаваемая государствомъ аптекарю для открытія аптеки; здѣсь управомоченный имѣетъ право обратиться къ защитѣ гражданскаго права противъ третьихъ лицъ, нарушающихъ его промыселъ. Если государственная власть выдаетъ аптекарю срочную лишь концессію, то предоставляемыя ему гражданскія права оттого не могутъ быть отвергнуты, что аптекарь-концессіонеръ, полагаясь на государственное дозволеніе, совершаетъ значительныя имущественныя затраты для устройства своего предпріятія. Государство, выдавая концессію аптекарю, имѣетъ возможность расширить кругъ предоставляемыхъ ему гражданскихъ правъ, напр. освободивъ его отъ податей и таможенныхъ сборовъ; эти права расширенныя концессіонера имѣютъ значеніе пріобрѣтенныхъ для него гражданскихъ правъ, такъ что, если бы государство пожелало потребовать отъ концессіонера эти сборы, основываясь на началѣ своего верховенства, то судъ гражданскій оградитъ его отъ требованія правительства, нарушающаго его гражданское право.

Относительно рельсовыхъ путей концессія имѣетъ такое же значеніе, какъ для аптекаря. „Но здѣсь еще ярче и явственнѣе

cessionen im Allgemeinen, Basel, 1877, стр. 6 „alles in und mit einer Concession dem Concessionär Zugesicherte für diesen ein Privatrecht bildet“. Ср. также *Henri Carrard*, Consultation sur la nature juridique des concessions de chemins de fer en général, Bale, 1877 стр. 15—19. *Hilty*, Rechtsgutachten betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Allgemeinen, Basel, 1877, стр. 24 „Eine Eisenbahnconcession ist also in den meisten Fällen ein aus Bestandtheilen öffentlichen echts und privatrechtlichen Vereinbarungen gemischter Act und der beidseitigen Absicht privatrechtlicher Geltung in den letzteren Puncten abgeschlossen“. *F. Dumay*. Etudes juridiques sur les concessions de chemins de fer, Paris, 1878, стр. 48. *Pierce*, a treatise on the law of railroads, Boston, 1881. стр. 418 „A railroad company is a private corporation, the charter of wkich is a *contract* between the company and the State, and the rights and privileges, granted by the charter are within the protection of the constitution“.

[1]) *Heusler*, eod. стр. 6 „jede Concession für den Concessionär ein Privatrecht begrundet“.

бросается въ глаза гражданско-правовое значеніе концессіи, потому что нельзя допустить, чтобы помимо частноправнаго значенія концессіи могла возникнуть какая нибудь желѣзная дорога [1]).

Относительно признанія въ „концессіи желѣзнодорожной“ стороны гражданско-правовой согласны всѣ изслѣдователи этого института, разногласіе касается только вопроса о степени независимости частноправныхъ управомочій, создаваемыхъ концессіей отъ воздѣйствія власти государственной, основывающейся въ своихъ требованіяхъ на началахъ общественной пользы. Такъ Дюмэ опредѣляетъ концессію, какъ „актъ, признающій за физическимъ или юридическимъ лицомъ, на дарственномъ или оплатномъ основаніи, такое право на вещь, пользованіе ею или собственность на нее, которымъ верховная власть одна можетъ распоряжаться“ [2]). Поэтому въ принципѣ источникомъ всякой концессіи можетъ быть только законодательная власть [3]); слѣдовательно „концессія“ есть актъ власти“ [4]). Это государственное значеніе концессіи, по источнику ея возникновенія, находитъ свое выраженіе относительно концессій, состоящихъ въ признаніи за лицомъ физическимъ или юридическимъ привиллегій, и такихъ правъ, которыми можетъ распоряжаться верховная власть. Тоже самое имѣетъ мѣсто тогда, когда концессія относится къ вещи, существо которой допускаетъ по себѣ обыкновенное право собственности [5]). Оба вида концессій, одинъ, предоставляющій привеллегіи, другой—право на вещи, тождественны по источнику своего возникновенія, исходя отъ верховной государственной власти. Поэтому въ этомъ смыслѣ можно уподобить патентъ аптекаря, фабриканта съ концессіей желѣзной дороги. Но гражданское значеніе этого рода актовъ государственной власти, отождествляемыхъ въ посланіи швейцарскаго совѣта отъ 16-го іюня 1871 года, гдѣ высказана мысль, что государство, выдавая концессію компаніи, столь же мало совершаетъ съ ней договоръ, какъ съ трактир-

---

1) *Heusler*, eod. стр. 7.

2) *F. Dumay*, Etude juridique sur les concessions de chemin de fer. Paris, 1878. стр. 10—11.

3) *Dalloz*, Repertoire, v—o ,Concession administrative, § 6.

4) *F. Dumay*, eod. стр. 9.

5) *F. Dumay*, eod. стр. 9.

щикомъ, аптекаремъ, которымъ оно выдаетъ патентъ [1]). Противъ отождествленія патента и концессіи, дѣлаемаго въ посланіи швейцарскаго союзнаго совѣта и повторяемаго за нимъ Гейслеромъ— возстаютъ два современныхъ изслѣдователя юридической природы концессіи вообще,—Каррардъ и Гильти. *Каррардъ*, говоритъ, что „трактирщикъ, аптекарь ничего не даетъ государству и ничего для него не дѣлаетъ, они не принимаютъ на себя обязательства относительно государства и получаютъ не концессію, но дозволеніе. Наоборотъ, желѣзнодорожная компанія принимаетъ обязательства относительно государства на сооруженіе и эксплоатацію желѣзной дороги. Чѣмъ болѣе противники компаній увеличиваютъ значеніе желѣзныхъ дорогъ въ смыслѣ государственнаго служенія, тѣмъ болѣе съ другой стороны, они должны бы признать, что, сооружая эти пути и эксплоатируя ихъ, компаніи даютъ нѣчто государству, вслѣдствіе состоявшагося между ними соглашенія и что такимъ образомъ сложился договоръ. Профессія трактирщика, аптекаря можетъ стать совершенно свободной отъ государственнаго разрѣшенія, тогда какъ желѣзныя дороги будутъ продолжать сооружать въ силу договора, составляемаго съ государствомъ, пока оно не захочетъ и не будетъ въ состояніи ихъ сооружать само“ [2]). Каррардъ облекаетъ гражданское дѣйствіе концессіи въ форму договорнаго соглашенія, составляемаго между государствомъ и компаніей. Эту мысль далѣе развиваетъ *Гильти*, [3]) обращаясь къ историческому изученію отношенія государственной власти къ гражданскимъ правамъ [4]), заканчивая свое изслѣдованіе объ „юридической природѣ концессіи“ въ значеніи договорнаго соглашенія, заключеннаго между государствомъ и частной компаніей [5]). *Гильти* отрицаетъ за концессіей значе-

---

[1]) *H. Carrard*, Consultation sur la nature juridique des concessions de chemins de fer en general, Bale, 1877, стр. 15—16 „le message presenté par le conseil fédéral le 16 juin 1871,—le conseil fédéral prétendait que l'Etat ne contracte pas plus avec la compagnie à laquelle il accorde une concession, qu'avec l'aubergiste, le boucher, le pharmacien, auxquels il accorde des patentes“.

[2]) *H. Carrard*, eod. стр. 16.

[3]) *Hilty*, Rechtsgutachten betreffend die rechthliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Allgemeinen, Basel 1877, стр. 17.

[4]) *Hilty*, eod. стр. 18—22.

[5]) *Hilty*, eod. стр. 22—24, 35.

ніе исключительно гражданскаго договора [1]). Но отсюда не слѣдуетъ, что концессія могла бы быть отождествлена, съ такими актами, исходящими отъ государственной власти, какъ выдача патента. Ни аптекарь, ни фабрикантъ, получившіе патентъ на совершеніе своего промысла, не заключаютъ съ государствомъ особаго договора, въ которомъ они обязались бы взамѣнъ полученнаго отъ государства дозволенія принять на себя обязательства, опредѣляемыя въ „тетради ограниченій“ (cahier des charges), какъ это имѣетъ мѣсто въ концессіяхъ желѣзнодорожныхъ. Не патенты современнаго права могутъ быть отождествляемы съ „концессіями желѣзнодорожными“, но тѣ отчужденія управомочій верховной власти, примѣры которыхъ столь обильны въ средневѣковую эпоху. Въ средніе вѣка, когда идея верховной власти отождествлялась съ идеей собственности, не существовали общественныя работы въ строгомъ смыслѣ слова. Верховная власть подчиняла себѣ общеполезныя предпріятія и считала себя собственникомъ ихъ. Въ глазахъ верховныхъ властелиновъ дороги, мосты имѣли значеніе фискальныхъ орудій, являлись источникомъ доходовъ на основаніи устанавливаемыхъ сборовъ за пользованіе ими (péage). „Право на пользованіе стало дѣйствительной собственностью согласно феодальному духу, превращавшему въ право всякій фактъ, имѣющій нѣсколько продолжительное существованіе, — а всякое затѣмъ право обращая въ право собственности, и всякую собственность въ фіефъ“ [2]). Въ эпоху Генриха IV и Людовика XIII во Франціи понятіе о власти, независимо отъ какой либо собственности исключительно опирающейся на общественный интересъ, словомъ понятіе о государствѣ въ его современномъ значеніи переходитъ въ строй политическихъ фактовъ. Первымъ слѣдствіемъ такой революціи было возстановленіе государственной общественной собственности (domaine public de l'état), отличной отъ государственной част-

---

[1]) *Hilty*, eod. стр. 17. Es scheint daher eine vollkommen *privatrechtliche Verbindlichkeit* der Eisenbahnconcessionen der Natur der Sache, der Praxis und dem höhreen Interesse des Staates gleichmässig zu widersprechen“. Тамъ же Гильти говоритъ: „an die Anschauungen zu gunsten des möglichst reinen Vertragcharacters dieser Concessionen glaubt schon jetzt wohl im Ernste Niemand mehr“.

[2]) *Dumay,* Etude sur les concessions de chemin de fer, стр. 11.

ной собственности (domaine privé de l'état), принадлежащей ему въ качествѣ казны, фиска. Королевская власть, олицетворяя собой идею государства, отбираетъ у феодальныхъ сеніоровъ судоходныя и сплавныя рѣки, а также сухопутныя дороги, равно всѣ регальныя права, которыми они завладѣли, или которыя имъ были концедированы въ феодальную эпоху. Въ эпоху среднихъ вѣковъ весьма часты примѣры *отчужденія* верховныхъ правъ государства корпораціямъ и частнымъ лицамъ, которымъ концедировалось право на таможенный сборъ, на взиманіе податей, отдѣльныя регаліи, какъ напр. почты, чеканка моменты и т. п. [1]). Короли и феодалы старой французской монархіи отъ времени до времени совершали концессіи въ пользу своихъ подданныхъ и вассаловъ привиллегій, правъ, милостей. Пожалованіе права на ярмарку, торгъ, сборъ на основаніи lettres de chancellerie называется также „концессіей" [2]). *Даллозъ* перечисляетъ слѣдующіе виды „концессій" въ средневѣковомъ правѣ Франціи. Путемъ „концессіи" совершалось предоставленіе частнымъ лицамъ въ пользованіе безвозмездно или за вознагражденіе, на вѣчное время или на срокъ, лѣсовъ изъ имущества государственнаго или права въѣзда въ эти лѣса. Вслѣдствіе того, что непринадлежащія къ привилегированнымъ сословіямъ лица не могли владѣть ленами, то феодальные владѣльцы концедировали имъ иного рода права на свои земли, уступая ихъ на вѣчное время за опредѣленное вознагражденіе, пропорціональное стоимости плодовъ. Далѣе, обширныя права монастырей возникли посредствомъ концессій, исходящихъ отъ сеніоровъ, ихъ основавшихъ, или поступившихъ въ число монаховъ. Наконецъ во Франціи концессія въ нѣкоторыхъ случаяхъ представляетъ много сходства съ римскимъ прекаріумомъ. Прекарная концессія въ Римѣ имѣетъ много общаго съ отчужденіемъ и залогомъ имущества короны послѣ эдикта 1566 года, состоявшагося въ Муленѣ, и запрещавшаго акты распоряженія этого рода имуществомъ. Имущества, проданныя вопреки этому эдикту, остаются собственностью короля, но они считаются въ рукахъ пріобрѣтателя заложенными въ обезпеченіе заплаченнаго ими за нихъ капитала. Время освятило это владѣніе, которое безъ несправедливости не могло быть отнято. Въ

---

1) *Heusler*, eod. стр. 18.

2) *Dalloz*, Repertoire, v—o Concession administrative, § 3.

эпоху французской революціи издается законъ 14-го вендеміера годъ VII, который опредѣляетъ положеніе владѣльцевъ доменъ и дозволяетъ имъ стать окончательными собственниками, заплативъ четверть стоимости имѣнія [1]).

Концессіи въ средневѣковой Франціи имѣютъ значеніе способа выполненія общественныхъ работъ, чрезъ ихъ посредство совершена была въ 16 и 17 столѣтіяхъ цѣлая система французскихъ каналовъ. Каналы сдѣланы ленами съ правомъ суда (haute, moyenne et basse justice) для ихъ владѣльцевъ. Королевскіе патенты (lettres patentes) даютъ права дворянства строителямъ каналовъ, послѣ сооруженія незначительной части концедированнаго канала. Государство, далѣе, принимаетъ на себя обязательства относительно пріобрѣтенія нужныхъ для каналовъ земель и даетъ субсидіи на сооруженіе концессіонеру. Король дозволяетъ обращать солдатъ на работы. Путемъ такихъ концессій, говоритъ Даллозъ, Франція опередила всѣ народы относительно общеполезныхъ предпріятій [2]). Возможность такихъ концессій на публичныя работы въ Франціи,—Дюмэ [3]) ставитъ въ зависимость отъ возникновенія во Франціи „государственной общественной собственности“ (domaine public de l'état), ибо до того общественныя предпріятія имѣли значеніе частно-правныхъ учрежденій, окрашенныхъ характеромъ феодальнымъ. Но вслѣдствіе того, что средства государства были недостаточны для покрытія громадныхъ затратъ, необходимыхъ для выполненія общественныхъ сооруженій, — оно предоставляло, уступало, концедировало свои права и обязанности частнымъ предпринимателямъ. А такъ какъ феодальная система существовала далѣе въ гражданскомъ порядкѣ, будучи уничтоженной въ отношеніяхъ государственныхъ, то передача эта совершается подъ именемъ феодальнаго договора: концессія публичныхъ работъ разрѣшалась какъ ленъ“ [4]). Тѣ же причины, которыя заставляли государство въ 16 и 17 столѣтіяхъ концедировать публичныя работы, продолжаютъ дѣйствовать въ настоящее время, такъ какъ теперь государство не имѣетъ возможности дѣлать все само. Но спрашивается, можетъ ли концессія

---

1) *Dalloz*, eod. § 3.

2) *Dalloz*, eod. стр. 2 § 4.

3) *Dumay,* Etudes sur les concessions, стр. 13.

4) *Dumay,* eod. стр. 13.

теперь создавать тѣ же юридическія послѣдствія какъ прежде? Каналъ, уступленный en fief, становится „собственностью“ получившаго на него концессію [1]), По мнѣнію Дюмэ, въ настоящемъ состояніи права концедированныя работы, хотя бы ихъ предметъ составлялъ принадлежность государственной общественной собственности, создаютъ для концессіонера право собственности, не нарушая этимъ принципа неотчуждаемости государственной общественной собственности. Чтобы въ этомъ убѣдить читателя Дюмэ обращается къ анализу элементовъ собственности государства [2]). Предметы этой собственности по ст. 538 code civil составляютъ „всѣ части территоріи, которыя не могутъ состоять въ частной собственности“. Характеристическую особенность государственной собственности составляетъ общественное ею пользованіе, она состоитъ исключительно въ этомъ пользованіи [3]). Но такъ какъ вещь состоитъ въ общественномъ пользованіи только тѣми своими сторонами, которыя допускаютъ такое пользованіе, поэтому она во всемъ томъ, что не поддается пользованію, не содѣйствуетъ и не стѣсняетъ его, остается способной быть предметомъ собственности и входить въ составъ чьего либо имущества, которое можетъ принадлежать или государству или частнымъ лицамъ [4]). Обращаясь къ обыкновенно концедируемымъ предметамъ какъ-то: дорога, рѣка, каналъ, нельзя не замѣтить, что здѣсь можно различать въ нихъ двѣ стороны: во-первыхъ, поверхность, площадь или текущую массу, благодаря которымъ происходитъ движеніе и, во-вторыхъ, самыя земли, по которой пролегаетъ путь, или которыя содержатъ рѣку, каналъ. Мысленно эти земли отдѣляются отъ пути, рѣки, канала. Эти земли представляютъ вещество для собственности, насколько этимъ правомъ не стѣсняется пользованіе, составляющее исключительную принадлежность общественнаго имущества [5]).

Такое пониманіе вытекаетъ изъ природы вещей и извѣстно римскимъ юристамъ. Въ источникахъ римскаго права существуетъ положеніе о томъ, что берега рѣкъ находятся въ общемъ

---

1) *Dumay*, eod. стр. 14.
2) *Dumay*, eod. стр. 17.
3) *Dumay*, eod. стр. 17.
4) *Dumay*, eod. стр. 18.
5) *Dumay*, eod. стр. 18.

всѣхъ пользованіи, подобно самимъ рѣкамъ, но право собственности на эти берега принадлежатъ тѣмъ, кому принадлежитъ участокъ земли [1]). Бичевники находятся въ общемъ всѣхъ пользованіи, но они принадлежатъ въ собственность прибрежнымъ владѣльцамъ. Точно также въ современномъ правѣ вещь можетъ находиться въ собственности и въ тоже время состоять въ общемъ пользованіи. Поэтому произведенія такихъ вещей,—состоящихъ въ общественномъ пользованіи,—подлежатъ частному праву,—растенія на дорогѣ, рыбы въ рѣкѣ могутъ быть освоены, сданы въ арендное пользованіе [2]). Отсюда слѣдуетъ, что концессія общественныхъ работъ можетъ дать болѣе, нежели одно право сбора платы за пользованіе сооруженіемъ (péage),—„она можетъ дать право собственности“ [3]).

Мы пока оставимъ въ сторонѣ разсмотрѣніе того, насколько вообще правиленъ послѣдній выводъ Дюме относительно права собственности, устанавливаемаго для концессіонера на концедированное сооруженіе, имѣющее общественное назначеніе, путемъ „концессіи“. Это составитъ предметъ особаго разсмотрѣнія въ той главѣ настоящаго изслѣдованія, которая посвящена изученію „предмета концессіи“. Теперь насъ интересуетъ тотъ моментъ въ концессіи, въ которомъ проявляется ея гражданское значеніе, не вдаваясь въ ближайшую классификацію ея дѣйствія въ области права гражданскаго.

Въ дальнѣйшемъ разсмотрѣніи гражданскаго значенія концессій въ исторической послѣдовательности ихъ развитія, какъ фактъ громадной важности въ современной жизни, выступаютъ концессіи желѣзнодорожнаго права.

Здѣсь имѣютъ мѣсто двѣ гипотезы. Во-первыхъ, государственная власть можетъ оказывать содѣйствіе частной предпріимчивости, которая предпринимаетъ для себя сооруженіе желѣзной дороги и, во-вторыхъ, частная предпріимчивость приходитъ на помощь государству, сооружая для него рельсовый путь. Отсюда

---

1) L. 5. D. de rerum divisione 1, 8: „riparum usus publicus est jure gentium sicut ipsius fluminis..., sed proprietas illorum est quorum praediis inhaerent.

2) *Wappäus*, zur Lehre von den aus dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen, Göttingen, 1867 стр. 18. „partiell extracommerciale Sachen и §' 16. *Dumay*, eod. стр. 20, пр.

3) *Dumay*, eod. стр. 21.

вырабатывается два типа концессій. По первой гипотезѣ концессія становится актомъ, въ силу котораго государство передаетъ частной компаніи свое право экспропріаціи подъ необходимымъ условіемъ, что дорога будетъ служить общественному пользованію. Сооруженная линія не дѣлается публичной собственностью, но она будетъ принадлежать тѣмъ, кто ее построилъ [1]). Но содѣйствіе, оказанное государственной властью, подчиняетъ эту собственность ограниченію,—праву пользованія общаго. Если бы это право общаго пользованія было безусловное, то оно лишитъ концессіонеровъ строителей выгодъ отъ ихъ сооруженія. Необходимо новое вмѣшательство государственной власти, чтобы обезпечить справедливое вознагражденіе концессіонеровъ, опредѣливъ взаимныя права и обязанности собственника желѣзной дороги и лицъ, имѣющихъ на нее пользованіе. Поэтому концессія не только предоставляетъ отъ государства право экспропріаціи, но она опредѣляетъ условія, на которыхъ должно проявляться право общественнаго пользованія рельсовымъ путемъ [2]).

Первый типъ концессій существуетъ въ Англіи, гдѣ право собственности на желѣзную дорогу принадлежитъ компаніи, публика же имѣетъ лишь пользованіе путемъ за плату, такъ что концессіонеры не обязаны сами совершать перевозъ [3]). Этотъ же типъ концессіи примѣнялся во Франціи при первыхъ пяти концессіяхъ, выданныхъ отъ 26-го февраля 1823 года до 1833 года. Ордонансъ 23-го февраля 1823 года концедируетъ линію между Луарой и Роной, здѣсь излагаются слѣдующія положенія. „Находя, что промышленность и торговля извлекутъ значительныя выгоды изъ этого предпріятія..... что желѣзная дорога, предназначаемая для публики имѣетъ общеполезное значеніе, подобно судоходнымъ каналамъ; что слѣдовательно правительство можетъ предоставить концессіонеру право экспропріаціи земель, на которыхъ она должна пройдти“. Здѣсь предметъ концессіи точно опредѣляется. Онъ состоитъ въ предоставленіи концессіонеру права экспропріаціи съ обязательствомъ обратить путь въ общественное пользованіе. „Въ принципѣ, говоритъ Дюмэ, публика должна бы

---

1) *Dumay*, eod. стр. 22.
2) *Dumay*. eod стр. 24.
3) *G. Cohn,* die englische Eisenbahnpolitik.

безвозмездно пользоваться желѣзной дорогой“ [1]). Поэтому предоставленіе концессіонеру права взимать плату за пользованіе путемъ имѣетъ значеніе новой привилегіи. Но эта привилегія утверждаетъ за публикой право пользованія, соотвѣтственно которому концессіонеръ обязывается совершать за свой счетъ и на свои средства перевозки, не имѣя права ни въ какомъ случаѣ, кромѣ дѣйствія непреодолимой силы, отъ нихъ отказываться, не оказывая при этомъ никому особаго предпочтенія (sans tour de faveur, какъ говорятъ французскіе cahier des charges). Что касается права собственности на концедированную линію, то въ нашемъ предположеніи о концессіи, при выдачѣ которой государство приходитъ на помощь частной предпріимчивости, оно принадлежитъ исключительно компаніи, государство не заявляетъ на него никакого притязанія [2]). Въ этомъ убѣждаетъ содержаніе выше приведеннаго орднонаиса 26-го февраля 1823 г., концедирующаго линію между Луарой и Роной: „если компанія, предпринявъ сооруженіе дороги, ее не окончитъ, или, если окончивъ, она ее оставитъ и откажется ею воспользоваться непосредственно, или чрезъ другихъ,—то земли, пріобрѣтенныя компаніей будутъ возвращены ихъ прежнимъ собственникамъ или ихъ преемникамъ, когда они этого потребуютъ“. Слѣдовательно концессіонеръ является безусловнымъ хозяиномъ дороги, располагая ею по своему усмотрѣнію, онъ имѣетъ право отчуждать ее другимъ, отказаться отъ нея, уничтожить ее. Публика имѣетъ одно лишь право пользованія дорогой, если она существуетъ.

Такой типъ концессій, гдѣ правительство имѣло въ виду содѣйствовать частнымъ предпріятіямъ, отъ которыхъ должны выиграть интересы общественные, примѣнялся во Франціи до 1833 года, когда выдана была концессія на линію отъ Алэ до Бокéра на вѣчное время. Затѣмъ стали выдавать только временныя, срочныя концессіи, преслѣдуя цѣль не оказанія содѣйствія частной предпріимчивости, но подчиняя ее требованіямъ государственнымъ. Складывается въ желѣзнодорожномъ правѣ по почину Франціи новый типъ концессіи. Государство стремится сдѣлать желѣзныя дороги своей собственностью, предоставляя част-

[1]) *Dumay*, eod. стр. 26.
[2]) *Dumay*, eod. стр. 26.

ной предпріимчивости правоспособность ихъ учредить съ правомъ пользоваться ихъ доходностью въ теченіи извѣстнаго времени,— срока концессіи. Къ этимъ существеннымъ элементамъ концессіи (essentialia negotii) привходятъ другія преимущества, которыя, въ видѣ дополнительныхъ соглашеній (accidentalia negotii), государство даетъ концессіонерамъ рельсовыхъ путей, напр. выдаетъ имъ субсидіи, гарантируетъ имъ низшій размѣръ доходности линіи. Всѣ эти дополнительныя соглашенія не измѣняютъ ничего въ сущности концессіи, дѣйствіе которой состоитъ въ томъ, что концессіонеръ вступаетъ въ права государства относительно сооруженія и пользованія путемъ, который концессіонеръ долженъ возвратить по истеченіи срока концессіи государству (такъ называемое Anfallsrecht въ Германіи).

Во второмъ типѣ концессій, возникшихъ во Франціи въ половинѣ тридцатыхъ годовъ, государство беретъ желѣзную дорогу на себя и стремится сдѣлать изъ нея свою вещь. Желѣзная дорога становится собственностью государства.

Однако въ чистомъ своемъ видѣ этотъ типъ желѣзнодорожной концессіи установился во Франціи не сразу, но путемъ медленнаго развитія желѣзнодорожнаго законодательства.

Закономъ 11-го іюня 1842 года въ желѣзнодорожныя концессіи вносится, къ участію государственному, содѣйствіе департаментовъ и общинъ, при чемъ концессіонеры пути,— частные предприниматели,— имѣютъ значеніе его арендаторовъ [1]). Такъ возникаетъ смѣшанный типъ концессій, на основаніи которыхъ департаменты, чрезъ которые проходятъ желѣзныя дороги (traversés), и общины, заинтересованныя въ проводимыхъ рельсовыхъ путяхъ (interessés),— должны доставить часть нужныхъ для паровозныхъ линій земель. Государство даетъ остальныя земли и принимаетъ на себя совершеніе земляныхъ работъ, техническихъ сооруженій. Такимъ образомъ подготовленныя работы передавались частнымъ компаніямъ, на обязанности которыхъ лежала прокладка рельсовъ, доставка подвижнаго состава, содержаніе движенія и починка пути. Законъ 19-го іюля 1845 года отмѣнилъ правила закона 11-го іюня 1842 года объ участіи при проведеніи рельсовыхъ путей департаментовъ и общинъ. Въ дѣйст-

[1]) *Dumay*, eod стр. 32.

вительности государство во Франціи никогда не совершало земляныхъ работъ на концедируемыхъ въ арендное содержаніе желѣзныхъ дорогахъ, самая аренда этихъ дорогъ, сооруженныхъ государствомъ, примѣняется очень рѣдко. Мы знаемъ одинъ примѣръ ея относительно линіи между Нимомъ и Монпелье [1]).

Законъ 15-го іюля 1845 года объявляетъ желѣзныя дороги во Франціи „государственными путями“ [2]). Дѣйствительно, рельсовые пути находятся въ общественномъ пользованіи. Съ того момента, когда концессіи стали выдаваться не на вѣчное время, но на опредѣленные сроки, по истеченіи которыхъ желѣзныя дороги eo ipso возвращаются къ государству, т. е. когда сложилось такъ называемое въ Германіи „Anfallsrecht“ государства на концедированные имъ рельсовые пути, тогда стало очевидно, что государство желаетъ имѣть собственность на рельсовые пути [3]). Но въ развитіи этого начала государственной собственности на концедированныя желѣзныя дороги закономъ 12-го іюля 1865 г. о мѣстныхъ желѣзныхъ дорогахъ сдѣланъ перерывъ, потому что наряду съ государствомъ, мѣстные органы, департаменты, общины могутъ устраивать и концедировать частнымъ компаніямъ отъ себя проведеніе паровозной линіи, которая принадлежитъ этимъ мѣстнымъ общественнымъ соединеніямъ.

Резюмируя историческія измѣненія въ развитіи института концессіи въ Франціи, Дюмэ говоритъ: „въ сущности концессіи желѣзныхъ дорогъ, начавъ съ того, что совершались по англійской системѣ, т. е. состояли въ томъ, что предоставляли необходимую правоспособность, чтобы дать возможность частной предпріимчивости создать пути сообщенія, ограниченныя простымъ правомъ общественнаго пользованія,—впослѣдствіи стали преслѣдовать цѣль доставлять государству, затѣмъ департаментамъ и общинамъ,—собственность на желѣзныя дороги“ [4]).

И такъ слѣдовательно, во Франціи путемъ постепеннаго историческаго развитія концедированныя желѣзныя дороги по дѣйствую-

---

1) Концессія по закону 12 іюля 1844. Ср. *Dumay*, eod. стр. 34.

2) Loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemin de fer, art. 1-er „les chemins de fer construits ou concédés par l'Etat font partie de la grande voirie“.

3) *Dumay*, eod. стр. 34.

4) *Dumay*, eod. стр. 35.

щему праву имѣютъ значеніе собственности государственной [1]). Къ иному результату привело развитіе желѣзнодорожнаго дѣла въ Швейцаріи, гдѣ рельсовые пути сооружаются, какъ частная собственность компаніи [2]). Такая живая противуположность въ юридическомъ значеніи концессій, выдаваемыхъ государственной властью двухъ смежныхъ государствъ, обращаетъ вниманіе изслѣдователя на изученіе особенностей историческаго развитія и пониманія института концессіи въ Швейцаріи. Литература этого предмета достигла, благодаря участію въ разрѣшеніи здѣсь возникающихъ вопросовъ извѣстныхъ въ наукѣ юристовъ, такого развитія, что игнорировать ее становится невозможнымъ. Поэтому мы думаемъ служить дѣлу выясненія юридическаго значенія концессіи, обращаясь къ изученію трудовъ писателей, спеціально изслѣдовавшихъ институтъ концессіи въ его общемъ правовомъ значеніи. Мы назовемъ здѣсь, неоднократно цитированныя нами, имена ученыхъ юристовъ — *Гильти*, *Каррарда*, *Гейслера*, труды которыхъ собраны въ одинъ томъ in—4 и изданы въ 1877 году [3]).

Всѣ три названныхъ изслѣдованія связаны одной общей мыслью о томъ, что „концессія" есть актъ, исходящій отъ верховной власти въ государствѣ. Они отличаются между собой въ признаніи бо́льшаго или ме́ньшаго участія въ актѣ концессіи началъ государственнаго и гражданскаго права.

Гейслеръ исходитъ въ своемъ изслѣдованіи объ юридической природѣ желѣзнодорожныхъ концессій вообще изъ „посланія швейцарскаго союзнаго совѣта" отъ 16-го іюня 1871 года, въ которомъ „концессія опредѣляется какъ актъ государственнаго верховенства". Государство столь же мало входитъ въ договоры съ желѣзнодорожной компаніей, какъ съ трактирщикомъ, мясникомъ, аптекаремъ которымъ оно даетъ „концессіи",—въ договоръ объ осуществленіи его государственнаго верховенства. Государство,

---

[1]) *Heusler*, Rechtsgutachten berteffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Allgemeinen, Basel, 1877, стр. 10 „in Frankreich gilt der Staat als Eigenthümer der Eisenbahnen, er hat bloss cédé son droit d'exploitation. Annales des ponts et chaussées, 5-me série, tome VII. 1877. Lois, décrets, etc. p. 48, 55.

[2]) *Heusler*, eod. стр. 11 „in der Schweiz die Eisenbahnen als Privateigenthum einer Gesellschaft gebaut werden".

[3]) Drei Rechtsguthachten betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Allgemeinen, Basel und Genf, Verlag von H. Georg, 1877.

конечно, даетъ этимъ частнымъ предпринимателямъ извѣстныя обѣщанія,которыя даютъ имъ возможность обосновать прочно дѣловую сторону ихъ предпріятія,—однако оно нисколько не думаетъ ограчиинть себя въ осуществленіи своихъ собственныхъ державныхъ правъ относительно частныхъ лицъ. Мало того, къ подобному отчужденію государственнаго верховенства [1]) не имѣетъ полномочія никакая государственная власть.

Концессія поэтому, думаетъ Гейслеръ, есть актъ государственнаго верховенства [2]), не переносящій верховныхъ правъ государства, но служащій лишь ихъ проявленіемъ [3]), такъ что все обезпеченное концессіонеру въ актѣ „концессіи“ составляетъ для него одно лишь право гражданское. [4]) По источнику своего возникновенія „концессія“, въ ученіи Гейслера, есть актъ государственный; по дѣйствію своему она является способомъ установленія гражданскихъ правъ. Государство, какъ юридическое лицо, фискъ, казна, можетъ заключать договоры съ частными лицами, которые его обязываютъ въ порядкѣ гражданскомъ, но государство въ отправленіи своихъ законоподательныхъ функцій этого не можетъ, но, въ этомъ своемъ значеніи, оно создаетъ для частныхъ лицъ односторонними актами верховной власти правоотношенія гражданскія. При выдачѣ „концессій“, понимаемыхъ въ значеніи одностороннихъ актовъ, исходящихъ изъ верховной государственной власти, возможны предварительные переговоры и соглашенія между нею и частными лицами, концессіонерами. Подобныя предварительныя соглашенія, предшествующія выдачѣ концессіи, обязываютъ государство только въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ они касаются его гражданской сферы. Въ остальномъ всѣ такъ называемыя „тетради ограниченій“, составляющія содержаніе предварительныхъ соглашеній между государствомъ и концессіонерами —не имѣютъ значенія договорныхъ соглашеній, но, подобно кон-

---

1) *Heusler*, eod. стр. 1.

2) *Heusler*, eod. стр. 3 -4.

3) *Heusler*, eod. стр. 5 „Die Concessionen sind nicht Uebertragung von Hoheitsrechte auf einen Concessionär. sondern bloss Ausflusse des Hoheitsrechtes“.

4) *Heusler*, eod. стр. 6. „Alles in und.mit einer Concessionär Zugesicherte für diesen ein Privatrecht bildet“.

цессіи, являются односторонними исходящими отъ государственной власти и съ опредѣленной цѣлью создаваемыми правами [1]).

Если у Гейслера ярко выступаетъ гражданское значеніе концессіи для концессіонера, то относительно государства, ее выдавшаго, частноправное дѣйствіе концессіи едва лишь упоминается въ тѣхъ вставныхъ словахъ, противополагаемыхъ всему юридическому построенію „концессіи", какъ односторонняго акта государственнаго верховенства, гдѣ Гейслеръ упоминаетъ о томъ, что государство, какъ казна, можетъ заключать съ частнымъ лицомъ договоры. [2])

Практическое значеніе юридической конструкціи понятія „концессіи" у Гейслера сводится къ признанію имъ того, что путемъ односторонняго акта верховной государственной власти устанавливаются гражданскія права для частныхъ лицъ. Отсюда вытекаютъ дальнѣйшіе выводы, которые дѣлаетъ Гейслеръ изъ своего опредѣленія „концессіи" въ тѣхъ случаяхъ, когда государственная власть, пользуясь неотчуждаемостью своихъ державныхъ правъ, измѣнитъ по своему усмотрѣнію содержаніе ею выданной концессіи.

„Концессіи суть способы пріобрѣтенія гражданскаго права для опредѣленнаго лица. Государство создаетъ чрезъ посредство концессіи правоотношеніе и вводитъ въ него частное лицо, какъ его субъектъ; оно дѣлаетъ это лицо носителемъ правоотношенія, т. е. обладателемъ подлежащаго права". [3]) Сведя къ приведенному формально юридическому опредѣленію понятіе „концессіи", Гейслеръ обращается къ практической ея сторонѣ. „Концессія содержитъ извѣстныя увѣренія, которыя облегчаютъ концессіонеру устроить дѣйствительное осуществленіе своего предпріятія. А все то, что служитъ для обезпеченія концессіонеру осуществленія его предпріятія,—имѣетъ въ высшей степени реальную, имущественную, денежную стоимость". [4]) Хозяйственное дѣйствіе

---

[1]) *Heusler,* eod. стр. 10. „So ist die Concession und mit ihr das Pflichtenheft, welches, rechtlich bertachtet, Bestandtheilder Concession ist, kein Vertrag, sondern einseitig von der Staatsgewalt verlichenes, zu diesem besondern Zwecke geschaffenes Recht.

[2]) *Heusler,* eod. стр. 10. „der Staat als Fiscus kann mit einer Privatperson einen Vertrag abschliessen, der ihn privatrechtlich bindet".

[3]) *Heusler,* eod. стр. 13.

[4]) *Heusler,* eod. стр. 13.

концессіи Гейслеръ уподобляетъ тому обѣщанію, которое оптовой торговецъ дѣлаетъ купцу доставлять ему въ теченіи предстоящихъ, напримѣръ трехъ лѣтъ, товаръ со скидкой 10 % противъ рыночной цѣны. Это обѣщаніе имѣетъ значеніе для купца, которому оно сдѣлано, части его имущества, оно имѣетъ для него имущественную стоимость, составляетъ его имущественное право, право гражданское, которое онъ поэтому можетъ осуществлять посредствомъ исковъ, предъявляемыхъ въ судъ гражданскій. То же самое имѣетъ мѣсто относительно обѣщаній, содержащихся въ концессіи, при этомъ Гейслеръ не дѣлаетъ никакого различія между гражданскими послѣдствіями гражданскихъ и государственныхъ привилегій. [1]) Это различіе, извѣстное въ теоріи, [2]) основано на различіи юридическихъ отношеній, до которыхъ привилегіи касаются. Привилегіи государственныя освобождаютъ отъ податныхъ отношеній, правиллегіи гражданскія уравниваютъ положеніе незаконнорожденныхъ съ дѣтьми, рожденными въ бракѣ (ст. 133, 144 св. зак. гр. т. X, г. 1. изд. А. Боровиковскаго 1882 г.). Но по послѣдствіямъ своимъ всякая привилегія, государственная или гражданская, становится для того частнаго лица, которому она выдана, въ значеніи права гражданскаго. Привилегія для управомоченнаго есть право гражданское. [3]) Даже тѣ привилегіи, которыя по преимуществу имѣютъ государственное правовое значеніе, напр. привилегіи, освобождающія отъ налоговъ,—имѣютъ для управомоченнаго значеніе имущественнаго—гражданскаго права, предоставляющаго частному лицу имущественныя выгоды, создавая для него частноправное отношеніе.

Судебная практика въ Германіи держится высказаннаго Гейслеромъ ученія о гражданскомъ дѣйствіи привилегій. Въ рѣшеніи оберъ—трибунала въ Целлѣ [4]) мы читаемъ: „такое право, по ко-

---

[1]) *Heusler*, eod. стр. 13. Ganz gleich verhält es sich mit den durch Concessionen ertheilten Zusicherungen, und zwar ohne Unterschied, ob es sich um sog. öffen tlichrechtliche oder privatrechtliche Privilegien handelt".

[2]) *Windscheid*, Lehrbuch der Pandekten, Bd. I § 135. Спеціальныя монографіи о привилегіяхъ: *Schlayer*, Darstellung der Lehre von den Privilegien nach den Quellen des gemeinen Rechts, въ Linde's Zeitschrift f. Civilrecht und Process, n. F. XII. 2, *Schmid*, въ Archiv f. civ. P. Bd. 44.

[3]) *Heusler*, eod. стр. 14. „Jedes Privileg ist in Rücksicht auf den Berechtigten ein Privatrecht".

[4]) *Seuffert*, Archiv für Entscheidungen, Bd. XV. № 74.

торому тѣ имущественныя выгоды, которыя были бы извлечены государствомъ посредствомъо существленія концессіонной регаліи, —достались другому, участвующему своими интересами,—несомнѣнно должно быть признано такимъ, которое, подобно другимъ имущественнымъ правамъ, можетъ быть предъявлено въ суды гражданскіе".

Въ частности подобное отождествленіе привилегій государственныхъ и гражданскихъ совершено относительно привилегій, освобождающихъ отъ взноса налоговъ въ „мнѣніи" покойнаго гейдельберскаго профессора *Блунчли* относительно податной обязанности швейцарскаго центральнаго желѣзнодорожнаго общества въ кантонѣ Basel—земство. [1]) „Хотя *освобожденіе отъ налога* имѣетъ сторону государственно правовую, но оно несомнѣнно въ то же время имѣетъ значеніе частноправное, составляя *имущественное право* центральнаго желѣзнодорожнаго общества, которое ему предоставлено государствомъ. Если формальное управомочіе государства устранять каждую податную привилегію имѣетъ значеніе неотчуждаемаго права государственнаго верховенства, то на договорѣ основанное освобожденіе центральнаго желѣзнодорожнаго общества отъ налога составляетъ его гражданское право. Каждая законная отмѣна договорнаго освобожденія отъ налога создаетъ на сторонѣ центральнаго желѣзнодорожнаго общества право на вознагражденіе".

Право на вознагражденіе за невыгодныя послѣдствія, вытекающія для частнаго лица, пользовавшагося привилегіей, вслѣдствіе состоявшейся отмѣны ея со стороны верховной власти, не считавшей возможнымъ сохранить ее безъ ущерба для общественнаго блага,—это право признано въ рѣшеніи оберъ-апелляціоннаго суда въ Іенѣ [2]). Здѣсь, во-первыхъ, признается право государства отмѣнить выданныя имъ концессіи, но затѣмъ судъ, во-вторыхъ, не колеблется признать право концессіонера получить вознагражденіе за имущественныя невыгоды, послѣдовавшія для него отъ отмѣны его привилегіи.

Однако Гейслеръ допускаетъ возможность безвозмездной со стороны государства отмѣны концессіи или внесенія въ нея такихъ

---

[1]) *Bluntschli*, echtsgutachten, betreffend Steuerpflicht der Schweizerischen Centralbahngesellschaft im Canton Basel-Lan!schaft, Liestal 1860, стр. 14.

[2]) *Seuffert*, Archiv f. Entscheidungen, Bd. XI. № 182.

измѣненій, которыя невыгодно ложатся на концессіонера, какъ напр. обязательство содержать вмѣсто трехъ поѣздовъ въ сутки четыре. Этотъ конкретный случай на брайской желѣзной дорогѣ въ Швейцаріи послужилъ поводомъ для юридическаго изученія природы концессіи Гейслеромъ, Гильти и Каррардомъ. Такая безвозмездная отмѣна или измѣненіе концессіи имѣетъ мѣсто тогда, когда новый законъ объявляетъ, что концессіонныя права отмѣняются непосредственно, безъ всякаго вознагражденія. Юридически это безспорно можетъ быть совершено закономъ, который не связанъ ни какими границами, такъ какъ ему все возможно. [1]) „Какъ бы законъ ни вторгался въ право и интересы частныхъ лицъ, онъ все таки долженъ быть примѣненъ. Справедливый законъ будетъ стремиться доставить возможное вознагражденіе, когда въ немъ будутъ нарушены пріобрѣтенныя права частныхъ лицъ". [2])

Что касается гражданскихъ правъ, возникающихъ для частныхъ лицъ изъ привилегій, то Гейслеръ считаетъ ихъ подлежащими большей защитѣ, нежели гражданскія права, основанныя на общемъ законѣ. Онъ думаетъ, что права, данныя путемъ концессіи, имѣютъ болѣе прочности, нежели управомочія, опирающіяся на законѣ, потому что законъ можетъ быть измѣненъ. Въ поясненіе своей мысли Гейслеръ выставляетъ такой примѣръ: желѣзнодорожное законодательство предписываетъ, что желѣзныя дороги обязаны ежедневно содержать четыре поѣзда, но государство не обязано было бы вознаградить желѣзныя дороги, сооруженныя при дѣйствіи этого закона, если бы оно въ этомъ законѣ возвысило провозную обязанность желѣзныхъ дорогъ до пяти поѣздовъ ежедневно. Наоборотъ, если концессія обезпечиваетъ желѣзной дорогѣ предѣльное число поѣздовъ, напр. не болѣе четырехъ въ день, то государство, на основаніи началъ справедливости, должно вознаградить желѣзнодорожную компанію въ случаѣ увеличенія по закону ея провозной обязанности. Гейслеръ опирается въ устанавливаемомъ имъ разграниченіи между гражданскими правами, вытекающими изъ закона и созданными привилегіями на томъ соображеніи, что „законъ указываетъ условія для существованія правъ; онъ опредѣляетъ поло-

[1]) *Wächter*, Handbuch des württemb. Privatrechts, Bd. II стр. 22.
[2]) *Wächter*, eod. стр. 22.

женія права, на основаніи которыхъ должно составляться рѣшеніе о правоотношеніи;—на оборотъ, привилегіи создаютъ конкретныя правоотношенія". [1])

Такимъ образомъ становится понятенъ тотъ конечный выводъ объ юридической природѣ концессіи вообще, къ которому приходитъ Гейслеръ въ заключеніи своего изслѣдованія:

„Концессія есть привилегія, которая основываетъ, какъ таковая, опредѣленное правоотношеніе и частное право для концессіонера. Но она имѣетъ значеніе акта, равнозначащаго законодательному,—это есть проявленіе государственнаго верховенства и какъ таковое она отмѣнима. Вслѣдствіи того однако, что чрезъ концессію устанавливается право гражданское, отмѣна можетъ состояться только за вознагражденіе, и именно за полное вознагражденіе возникающихъ здѣсь имущественныхъ убытковъ концессіонера. Такимъ образомъ приходятъ къ соглашенію взаимные интересы: за государствомъ удерживается его неограниченное верховное право, но его денежная касса уплачиваетъ за слагаемое имъ съ себя обѣщаніе." [2])

Въ приведенномъ пространномъ опредѣленіи понятія концессіи указаны всѣ существенные ея моменты: во первыхъ происхожденіе, подобно всякому законодательному акту, отъ верховной государственной власти; во вторыхъ, отмѣняемость всякой концессіи по усмотрѣнію той-же власти, которая ее выдаетъ; въ третьихъ, установленіе концессіей, имѣющей значеніе привилегіи, гражданской или государственной, исключительныхъ гражданскихъ правъ для концессіонера и, въ четвертыхъ, какъ слѣдствіе этого установленія и послѣдующаго чрезъ отмѣну концессіи прекращенія предоставляемыхъ на ея основаніи правъ гражданскихъ является обязанность государства, отмѣняющаго по своему усмотрѣнію дѣйствія концессіи, вознаградить концессіонера за причиняемые ему отъ этого имущественные вредъ и убытокъ.

Моментъ вознагражденія за невыгодныя имущественныя послѣдствія для концессіонера, отъ отмѣны или измѣненія концессіи про-

[1]) *Heusler*, eod. стр. 15 „... ein Gesetz die Voraussetzungen für die Existenz von Rechten, die Rechtssätze, nach denen die Rechtsverhältnisse zu beurtheilen sind, aufstellt;—ein Privileg dagegen ein concretes Rechtsverhältniss schaft". (Ср. рѣшеніе оберъ апелляціоннаго суда въ Любекѣ, Seuffert, Archiv f. Entscheid. Bd. IX № 244).

[2]) *Heusler*, eod., стр. 15.

изшедшія, особенно оттѣняются въ трудѣ Гейслера, несчитающаго за справедливый такой законъ, который вторгается въ сферу пріобрѣтенныхъ правъ отдѣльнаго лица, не предоставляя за это соотвѣтствующаго вознагражденія. [1])

Моментъ вознагражденія за имущественный ущербъ, причиненный концессіонеру отмѣной или измѣненіемъ концессіи со стороны государственной верховной власти, является не требованіемъ справедливости, какъ это мы видѣли у Гейслера, но простымъ формальнымъ моментомъ, гарантирующимъ существующія гражданскія правоотношенія, для чего *Гильти* требуетъ „безусловное формальное допущеніе иска о вознагражденіи“ [2]).

Гейслеръ исходитъ въ своемъ ученіи о вознагражденіи за невыгодныя послѣдствія для концессіонера, отъ измѣненія или отмѣны концессіи происшедшія, изъ соображенія о гражданскихъ правахъ, устанавливаемыхъ посредствомъ односторонняго акта, исходящаго отъ верховной власти въ государствѣ,—концессіи-привилегіи. Онъ желалъ бы оградить неприкосновенность этихъ правъ, вводя вознагражденіе за послѣдовавшія со стороны законодателя измѣненія въ актѣ концессіи; однако, признавая неограниченность законодательной власти въ государствѣ, онъ допускаетъ даже отмѣну и измѣненіе правъ гражданскихъ, созданныхъ концессіей безъ всякаго со стороны государства вознагражденія потерпѣвшимъ.

Гильти начинаетъ свое іслѣдованіе объ юридической природѣ концессіи, подобно Дюмэ во Франціи, указаніемъ на различныя ея формы, которыя онъ видитъ въ исторіи отдѣльныхъ видовъ концессій въ Швейцаріи.

По воззрѣніямъ, господствовавшимъ въ средніе вѣка, государственное верховенство, которое мы не можемъ себѣ представить въ настоящее время иначе, какъ единое цѣлое, можно было разлагать на отдѣльныя части, которыя подлежали отчужденію различнымъ лицамъ чрезъ посредство двусторонихъ сдѣлокъ гражданскаго права на время, или даже на всегда. [3]) Таможенные сборы и мостовыя деньги всякаго рода, значительная собствен-

---

[1]) *Heusler*, eod. стр. 15.

[2]) *Hilty*, Rechtsgutachten betreffend die rechtliche Natur der Concessionen im Allgemeinen, Basel, 1877, стр. 22.

[3]) *Hilty*, eod. стр. 18.

ность частныхъ лицъ, духовныхъ учрежденій, корпорацій буквально покрывали наши улицы [1]). Въ Швейцаріи существовали въ большомъ количествѣ перевозочныя монополіи, напр. въ кантонахъ Швицъ и Ури до 1849 года судоходное общество по Фирвальдштетскому озеру. „Общество возчиковъ на паяхъ“ чрезъ Санъ-Готтардъ до 1850 года имѣли монополію перевозки; въ Граубюнденѣ древнее право—„Portensrechte“—создавало управомочіе на исключительную перевозку товаровъ по главнымъ путямъ. „Всѣ подобныя средневѣковыя перевозочныя монополіи имѣютъ въ нѣкоторомъ отношеніи сходство съ современными желѣзнодорожными концессіями. Подобно послѣднимъ онѣ возникли за плату и обѣщаніе опредѣленной дѣятельности, вообще въ видѣ двустороннихъ договоровъ между концессіонеромъ и наличнымъ представителемъ государственной власти“. [2])

Большая часть такихъ средневѣковыхъ концессій, не смотря на то, что чрезъ ихъ посредство устанавливались гражданскія права концессіонеровъ, были отмѣнены при измѣнившихся о нихъ государственныхъ понятіяхъ безъ всякаго вознагражденія. Такимъ образомъ внутреннія таможни отдѣльныхъ кантоновъ, которыми они владѣли нѣсколько вѣковъ, были отмѣнены даже не въ силу общаго закона, но простыми распоряженіями относительно кантона Цюриха 8-го мая 1798 года и безъ всякаго вознагражденія. Точно также поголовная подать съ евреевъ, которую кантонъ Цюрихъ взималъ на своихъ торгахъ безъ сомнѣнія вслѣдствіе прежняго частноправнаго основанія, установившаго этотъ источникъ дохода,—была отмѣнена, подобно другимъ повинностямъ, напр. мукомольнымъ, хлѣбопекарнымъ, которыя падали на однихъ лицъ или мѣстности въ пользу другихъ. Въ средніе вѣка всѣ исчисленныя управомочія выкупались и имѣли частноправное основаніе. [3]) Съ измѣненіемъ воззрѣній на государственное верхо-

---

[1]) *Hilty*, eod. стр. 18. „Zölle und Brückengelder aller Art, werthvolles Eigenthum von Privaten, geistlichen Stiften und anderen Privatcorporationen, bedekten förmlich unsere Strassen“.

[2]) *Hilty*, eod. стр. 18 „Diese Verleithungen von Transportmonopolen hatten in mancher Hinsicht Aehnlichkeit mit den heutigen Eisenbahnconcessionen und waren gegen Bezahlung und Versprechung bestimmter Leistungen, überhaupt in der Form zweiseitiger Verträge zwischen dem Concessionär und dem zeitweisen Inhaber der Staatsgewalt entstanden“.

[3]) *Hilty*, eod. стр. 19. Alles ursprünglich *erkaufte* Rechtsame.

венство въ эпоху французской революціи, когда сложилось понятіе о всемогуществѣ государства многія права, прежде считавшіяся неприкосновенными вслѣдствіе частноправнаго ихъ возникновенія изъ актовъ концессіи, были прямо отмѣнены безъ всякаго вознагражденія, какъ несогласныя съ интересомъ общественнымъ. Эта идея государственнаго всемогущества ярко выражена въ постановленіи конвента въ 1793 году словами: „нація никогда не можетъ отречься отъ своихъ правъ,—совершать все и желать все во всякое время,—эти управомочія основываютъ ея всемогущество, которое не подлежитъ отчужденію“ [1]).

Переворотъ въ воззрѣніяхъ на существо государственной власти, совершившееся въ эпоху французской революціи въ концѣ прошлаго столѣтія, измѣнилъ понятіе о границахъ государственнаго и гражданскаго права. Область перваго расширилась. Даже въ консервативную эпоху, наступившую вслѣдъ за 1815-мъ годомъ въ Швейцаріи, совершена была отмѣна прежнихъ феодальныхъ повинностей помимо согласія ихъ владѣльцевъ [2]).

Съ понятіемъ о государствѣ соединяется представленіе о его всемогуществѣ, въ силу котораго оно имѣетъ право отмѣнять институтъ, несогласный съ господствующимъ воззрѣніемъ на право, совершая эту отмѣну нерѣдко безъ всякаго вознагражденія понесшимъ отъ этого имущественныя потери. Государство отмѣняетъ рабство, т. е. право собственности на людей, весьма цѣнное для ихъ собственниковъ, къ очевидному раззоренію цѣлаго класса плантаторовъ,—оно закрываетъ игорные дома, не платя ничего за ихъ дорогостоющія постройки, хотя бы между государствомъ и предпринимателями игорныхъ домовъ существовали прежде заключенныя договорныя соглашенія. Государство считало бы недостойнымъ своего значенія и ненравственнымъ вознаграждать изгоняемыхъ имъ содержателей рулетки за понесенные ими убытки вслѣдствіе закрытія ихъ предпріятія, которое считается развращающимъ населеніе. Государство признаетъ монастыри и духовные ордена за вредныя учрежденія, вслѣдствіе чего изгоняетъ не только членовъ духовныхъ соединеній, но обращаетъ въ государ-

---

1) *Thiers*, Revolution française.

2) *Hilty*, eod. стр. 19. „Das Heer der ehemaligen Fendallasten wurde ohne Zustimmung der Besitzer aufgehoben“.

ственное имущество ихъ собственность, не стѣсняясь гражданскимъ основаніемъ ея пріобрѣтенія.

Поэтому, говоритъ Гильти, всѣ научныя опредѣленія о границахъ государственной власти и неприкосновенности такъ называемыхъ гражданскихъ правъ подлежатъ отъ времени до времени пересмотру и не могутъ быть безусловно теоретически установлены [1]). Въ рѣшеніи вопроса о предѣлахъ вмѣшательства государства въ частныя правоотношенія необходимо имѣть въ виду государственныя цѣли и государственную нравственность, стоящихъ выше всякаго гражданскаго права [2]).

Если гражданское право по себѣ не находитъ защиты отъ отмѣны по усмотрѣнію государственной власти, руководящейся государственными цѣлями, то Гильти думаетъ найти огражденіе интересовъ частныхъ лицъ въ началѣ „государственной нравственности", которая ограничиваетъ государственную власть въ слѣдующихъ трехъ направленіяхъ [3]).

Во-первыхъ, государство должно считать себя безусловно связаннымъ тѣми увѣреніями и обѣщаніями, которыя оно дѣлаетъ относительно частныхъ лицъ, въ особенности если эти лица, полагаясь на данныя имъ въ исходящихъ отъ государства актахъ обѣщанія, разсчитывали на соблюденіе состоявшагося между ними и государствомъ договора и сами выполнили что-либо съ своей стороны.

Во-вторыхъ, государство, въ силу неограниченности своего верховенства, можетъ издавать новые общіе законы, производящіе существенныя измѣненія въ бывшихъ до того правоотношеніяхъ. Если общій законъ отмѣняетъ такія правоотношенія, дальнѣйшее удержаніе которыхъ не согласовывается съ распространеннымъ понятіемъ объ общественной нравственности, напр. уничтоженіе рабства, игорныхъ домовъ,—то ничѣмъ не ограниченное со стороны право государствъ, также не подлежитъ требованію нравственности, которая не можетъ предписывать ему обя-

---

1) *Hilty*, eod. стр. 20. „Es unterliegen daher auch alle wissenschaftlichen Definitionen über die Gränzen der Staatsgewalt und die Unverletzlichkeit von sogenannten Privatrechten zeitweiser Revision und können nicht absolut theoretisch festgestellt werden".

2) *Hilty*, eod., стр. 20. „Denn über Privatrecht steht der Staatszweck und die *Sittlichkeit* des Staates".

3) *Hilty*, eod. стр. 21.

занности вознагражденія тѣхъ, кто вслѣдствіе отмѣны правоотношеній, безнравственность которыхъ сдѣлалась общепризнанной, потерпѣлъ какіе бы то ни было убытки. Государство можетъ путемъ общаго закона отмѣнять такія правоотношенія, заключающія въ себѣ элементы гражданскаго и государственнаго права, или даже просто гражданскія права, которыя ничего ненравственнаго въ себѣ не заключаютъ, но исключеніе которыхъ изъ круга признаваемыхъ закономъ правоотношеній и правъ считается необходимымъ ради общихъ государственныхъ цѣлей. Государство юридически не стѣсняется въ изданіи новыхъ общихъ законовъ, измѣняющихъ существующій порядокъ правоотношеній, но оно обязано вознаградить тѣхъ лицъ, которыя отъ послѣдовавшихъ измѣненій въ правѣ понесли вредъ и убытки. Эта обязанность государства дать удовлетвореніе „дѣйствительнымъ интересамъ (berechtigte Interesse), принесеннымъ въ жертву общему благу, основано на томъ, что эти интересы непризнаны ненравственными, такъ что отношенія лицъ, права которыхъ отмѣнены, продолжаютъ основываться на началѣ bona fides. Государство въ этомъ случаѣ не въ правѣ отказать въ справедливомъ вознагражденіи потерпѣвшимъ добросовѣстнымъ лицамъ отъ совершившихся измѣненій въ правопорядкѣ.

Наконецъ, въ-третьихъ, государство, въ силу началъ bona fides, не можетъ предоставить однимъ и тѣмъ же своимъ органамъ, которые отмѣняютъ и измѣняютъ существующія правоотношенія, постановленіе рѣшеній о матеріальныхъ ущербахъ, которые частное лицо, задѣтое въ своихъ „дѣйствительныхъ интересахъ“ произшедшимъ измѣненіемъ, понесетъ. Государство обязано предоставить по возможности независимымъ и безпристрастнымъ судамъ разрѣшеніе всѣхъ требованій о вознагражденіи, подчиняясь добровольно постановляемымъ ими рѣшеніямъ, на сколько искъ потерпѣвшаго направленъ противъ него самого.

Исходя отъ начала „государственной нравственности“, недопускающей произвольной отмѣны существующихъ правоотношеній и налагающей обязанность удовлетворенія на основаніи „дѣйствительныхъ интересовъ“, задѣтыхъ происшедшими въ законодательствѣ измѣненіями, вызванными обще-государственными потребностями,—Гильти приходитъ къ требованію о „безусловномъ формальномъ допущеніи иска о вознагражденіи“, что имѣетъ, по

его мнѣнію, до того важное практическое значеніе, что въ „установленномъ правопорядкѣ“ эти гарантіи должны не только витать въ воздухѣ и въ теоріи, но должны быть выражены въ законахъ [1]).

Примѣняя изложенныя общія понятія объ отношеніи ничѣмъ неограниченной законодательной дѣятельности государства къ „дѣйствительнымъ интересамъ“ частныхъ лицъ, которые отъ этого подвергаются нарушенію,—къ положенію концессіонера, получившаго отъ государства актъ концессіи на совершеніе общественныхъ работъ подъ указанными въ немъ условіями, Гильти думаетъ, что концессіи не могутъ быть отнесены къ актамъ ненравственнымъ въ смыслѣ государственномъ, что онѣ имѣютъ значеніе договора, заключеннаго между государствомъ и концессіонеромъ, и, наконецъ, поэтому концессіонеръ имѣетъ исковое гражданское требованіе о вознагражденіи за тѣ невыгодныя для него измѣненія въ актѣ концессіи, которыя государство сочло необходимымъ сдѣлать на основаніи общей пользы.

Вслѣдствіе того, что актъ концессіи имѣетъ смѣшанный характеръ, заключая въ себѣ положенія, относящіяся къ праву государственному и гражданскому, государство въ правѣ чрезъ посредство своего законодательства и на основаніи общихъ государственныхъ цѣлей, ограничивать и измѣнять концессіи, предоставляя справедливое вознагражденіе за гражданскую сторону въ концессіяхъ, опредѣленіе которой является предметомъ обыкновеннаго гражданскаго иска по общей подсудности дѣлъ „казеннаго управленія“, употребляя терминологію русскаго устава гражданскáго судопроизводства для обозначенія дѣлъ казны [2]).

Искъ о вознагражденіи за измѣненія и отмѣны въ концессіяхъ, совершенныя на основаніи законодательныхъ актовъ, долженъ быть формально признанъ въ законѣ, — это первое положеніе Гильти; затѣмъ второе его положеніе,—опредѣленіе предмета иска, гражданской стороны въ концессіи, подлежитъ рѣшенію суда, разсматривающаго въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ вопросъ о томъ, есть-ли здѣсь наличность условій для признанія „спора о гражданскомъ правѣ“. Но Гильти не даетъ никакихъ дальнѣй-

---

1) *Hilty*, eed. стр. 22.
2) *Hilty*, eod. стр. 24.

шихъ указаній того, какіе признаки служатъ руководящимъ началомъ для суда при опредѣленіи значенія спора, иска гражданскаго. Мало того, онъ думаетъ что такихъ признаковъ, отдѣляющихъ право гражданское отъ государственнаго вовсе не существуетъ и ищетъ въ ученіи о „государственной нравственности" основанія для „формальнаго установленія иска о вознагражденіи".

Вслѣдъ за „юридической" теоріей концессіи Гейслера, послѣ „историко—нравственнаго" ея освѣщенія у Гильти, возникаетъ экономическое ея объясненіе Каррарда. Вспомнимъ, что, по ученію Гейслера, „концессія" есть проявленіе, а не перенесеніе верховныхъ правъ государства, на основаніи которой устанавливается гражданское право концессіонера [1]), что поэтому „концессія" есть „привилегія" т. е. односторонній актъ, исходящій отъ верховной власти въ государствѣ [2]), создающій конкретное гражданское правоотношеніе, не смотря на то, что привилегія—концессія можетъ имѣть государственный или гражданскій характеръ [3]). Изъ вышеизложенной теоріи Гильти, не находящаго возможможности въ теоріи разграничить право государственное отъ гражданскаго [4]), выясняется, что „концессія" подлежитъ односторонней отмѣнѣ со стороны государственной власти, если она найдетъ ихъ несовмѣстными съ государственными цѣлями [5]). Вопросъ объ обязанности государства предоставить вознагражденіе за отмѣненные или ограниченные „дѣйствительные интересы", основывавшіеся на актѣ концессіи, поставленъ у Гильти въ зависимости отъ того, считается—ли отмѣняемая или измѣняемая концессія по содержанію своему согласной съ господствующими идеями о государственной нравственности. При этомъ отмѣна концессіи безнравственной не налагаетъ на государство никакой

[1]) *Heusler*, eod. стр. 15. „Die Concessionen sind nicht Uebertragung von Hoheitsrechten auf einen Concessionär, sondern bloss Ausflüsse des Hoheitsechtes" и стр. 6 „alles in und mit einer Concession dem Concessionär Zugersicherte für diesen ein Privatrecht bildet".

[2]) *Heusler*, eod. стр. 9 „die Concessionen werden allgemein unter den Begriff der *Privilegien* gestelt" и приводимыя ссылки на нѣмецкихъ ученыхъ.

[3]) *Hilty*, eod. стр. 15. „ein Privileg ein concretes Rechtsverhältnissschafft" и стр. 13. „... mit den durch Concessionen ertheilten Zusicherungen, und zwar ohne Unterschied, ob es sich um sog. öffentlichrechtliche oder um privatrechtliche Privilegien handelt".

[4]) *Hilty*, eod. стр. 20.

[5]) *Hilty*, eod. стр. 20 § 4.

обязанности вознагражденія, подобно тому, какъ безвозмездно для потерпѣвшихъ совершаются отмѣна рабства или закрытіе игорныхъ домовъ [1]).

Въ противоположность юридической теоріи Гейслéра и историко—нравственной Гильти, Каррардъ основываетъ свое ученіе о концессіяхъ на началѣ „экономическомъ“. Онъ приходитъ къ положенію, что государство не хочетъ и не можетъ взять обратно то, что оно концедировало съ точки зрѣнія экономической [2]). Экономическая сторона концессіи неприкосновенна, такъ что государство сохраняетъ за собой полную независимость только относительно тѣхъ мѣръ, которыя имѣютъ своей цѣлью безопасность. Въ подкрѣпленіи своей мысли Каррардъ приводитъ рѣшеніе совѣта сенской префектуры отъ 20 іюня 1876 года, въ которомъ постановлено: „надлежитъ различать мѣры, которыя имѣютъ въ виду безопасность, отъ тѣхъ, которыя касаются эксплоатаціи; по отношенію къ первымъ государство должно было сохранить полную независимость; наоборотъ относительно мѣръ втораго рода, вслѣдствіе того, что концессія, данная компаніи, предоставляетъ ей права эксплоатаціи, государство удерживаетъ за собой здѣсь право надзора, контроля, одобренія и запрета“ [3]).

Исходя изъ экономическихъ основаній для опредѣленія отношеній, возникающихъ изъ концессіи, Каррардъ не придаетъ никакого значенія тѣмъ особенностямъ права, которыя имѣетъ концессіонеръ на концедированное ему имущество, въ данномъ случаѣ—на желѣзную дорогу. Это низложеніе правоваго состоянія концедированнаго имущества Каррардомъ на степень подчиненнаго экономическимъ соображеніямъ фактора, выясняется, съ полной очевидностью, изъ дѣлаемаго имъ сопоставленія положенія въ правѣ рельсовыхъ путей въ Швейцаріи и во Франціи. Сравнивая французскія концессіи съ швейцарскими, Каррардъ говоритъ, что

---

1) *Hilty*, eod. стр. 20. „Es ist vollends gänzlich unzweifelhaft, dass jeder redliche Staat sogar verbunden ist, wirklich Schädliches unb Staatsgefährliches auch in der Gestalt von erworbenen Privatrechten und zwar in den meisten Fällen unentgetlich zu beseitigen“.

2) *Henri Carrard*, Consultation sur la nature juridique des concessions de chemins de fer en général, Bale, 1877 стр. 18 „l'Etat ne peut, ni ne veut reprendre ce qu'il a concédé au point de vue économique“.

3) *H. Carrard*, eod стр. 19.

во Франціи государство имѣетъ на желѣзныя дороги такія права, которыхъ оно не имѣетъ въ Швейцаріи, потому что во Франціи государство безспорно имѣетъ право собственности на рельсовые пути. До 1833 года оно само ихъ сооружаетъ; теперь же во французскихъ концессіяхъ назначается положеніе, что по истеченіи извѣстнаго числа лѣтъ, желѣзныя дороги должны безъ всякаго вознагражденія, собственно за путь, возвратиться къ государству. На оборотъ въ Швейцаріи источники права и судебная практика считаютъ желѣзныя дороги частной собственностью компаній [1]). Того же мнѣнія держатся изслѣдователи, посвятившіе свои труды научному построенію правоотношеній, возникающихъ изъ концессіи. Мы видѣли выше, что Гейслеръ считаетъ право компаній—концессіонеровъ на рельсовые пути въ Швейцаріи правомъ собственности [2]).

Изъ положенія, что въ Швейцаріи компаніи имѣютъ на желѣзныя дороги право собственности, Каррардъ дѣлаетъ тотъ выводъ, что „компаніи могутъ по своему усмотрѣнію опредѣлять эксплоатацію“ [3]). Но немедленно вслѣдъ за этимъ Каррардъ бросаетъ за бортъ, только что имъ доказанное право собственности компаній и становясь на точку зрѣнія экономическую, принимаетъ, что швейцарскія компаніи могутъ *„безъ всякой невыгоды“* для себя отказаться отъ своихъ правъ и признать, что желѣзныя дороги не суть ихъ частная собственность и удовольствоваться сравненіемъ своего положенія съ компаніями французскими [4]).

Подъ вліяніемъ экономическаго пониманія природы концессіи Каррардъ не только безразлично относится къ существу правъ гражданскихъ, устанавливаемыхъ концессіей, но все построеніе

---

1) *H. Carrard*, eod. стр. 14. „Un arrêt du Tribunal cantonal vaudois a décidé que les chemins de fer étaient la propriété privée des compagnies“ и далѣе тамъ же „la loi fédérale sur l'expropriation pour cause d'utilité publique (art. 14 et 15) dit que l'entrepreneur *est propriétaire* des terrains qu'il exproprie“.

2) *Heusler*, eod. стр. 10—11 „... in der Schweiz, wo die Eisenbahnen als *Privateigenthum* einer Gesellschaft gebaut werden“.

3) *Carrard*, eod. стр. 14.

4) *Carrard*, eod. стр. 14 „les compagnies suisses peuvent *sans inconvénient* pour elles se desister de leur droits, reconnaître que le chemin de fer n'est point leur propriété privée et se contenter d'un traitement égal à celui qui est accordé aux compagnies françaises“.

этого института сводить къ понятію объ *удовлетвореніи*, относя концессію къ особому способу „*уплаты*", дѣлаемой государствомъ компаніи[1]), не придавая ей значеніе акта, устанавливающаго право компаніи на концедированный ей путь. По ученію Каррарда „концессія" имѣетъ значеніе одного изъ видовъ прекращенія обязательственныхъ отношеній, возникшихъ между государствомъ и компаніей, вслѣдствіе того, что государство вмѣсто того, чтобы самому сооружать желѣзную дорогу, строитъ ее чрезъ концессіонеровъ, уплачивая имъ посредствомъ передачи правъ, которыя оно имѣло бы относительно эксплоатаціи и взиманія сбора за провозъ [2]).

Подобное пониманіе концессіи принимаетъ французскій писатель *Дюкрокъ*, различающій пять способовъ выполненія общественныхъ работъ: 1) произведеніе этихъ работъ посредствомъ поденныхъ рабочихъ; 2) простое правительственное сооруженіе; 3) правительственное сооруженіе на торговомъ основаніи; 4) сооруженіе на основаніи подряда и 5) наконецъ, концессія, или выполненіе работъ однимъ или нѣсколькими лицами, заступающими права администраціи, которая, вмѣсто непосредственной уплаты концессіонеру, передаетъ ему то право, которое оно само осуществляло бы, напр. сбора за пользованіе сооруженіемъ (péage) и плату за перевозку съ тѣхъ, кто пользуется услугами компаніи (prix de transport). [3]),

Слѣдовательно, по ученію Дюкрокъ, концессія есть актъ предоставляющій концессіонеру права администраціи по взиманію сборовъ за выгоды, которыя доставляются частнымъ лицамъ совершеннымъ компаніей—концессіонеромъ сооруженіемъ, имѣющимъ общеполезное назначеніе. Концессія даетъ возможность концессіонеру покрыть понесенные имъ расхода на общественную работу; она есть способъ уплаты со стороны администраціи. Административная власть, уступая свои права частному лицу или компаніи совершаетъ съ ними договоръ, по которому каждая изъ договаривающихся сторонъ принимаетъ на себя взаимныя другъ къ другу обязательства (synallagmatiqne ou bilatéral). [4]), Слѣдо-

[1]) *Carrard*, eod. стр. 15 „la concession est un mode de paiement fait par l'Etat à la compagnie" и пр. 2 стр. 15.

[2]) *Carrard*, eod. стр. 15.

[3]) *Th. Ducrocq*, Cours de droit administratif, 5-me éd. № 137.

[4]) Code civil, art. 1102.

вательно концессія имѣетъ значеніе договора возмезднаго (à titre onereux), [1]), гдѣ каждая сторона—административная власть и концессіонеръ, обязываются выполнить опредѣленныя дѣйствія: первая предоставить право сбора; второй—исполнить общественное сооруженіе. Взаимныя обязательства сторонъ, возникающія изъ концессіи, стремятся уравнять то, что каждой стороной доставляется такъ что концессіонеръ обязанъ исполнить сооруженіе, за которое получаетъ „равноцѣнное" вознаграждeніе; поэтому „концессія" принадлежитъ къ разряду договоровъ „мѣновыхъ" (commutatif) [2]),

Понятіе „концессіи" въ смыслѣ договора гражданскаго принято большинствомъ французскихъ ученыхъ. Сюда могутъ быть отнесены: Дюфуръ [3]), Батби [4]), Делало [5]), Дюкрокъ [6]), и Дюмэ [7]), ученіе которыхъ о договорной природѣ концессіи Гейслеръ [8]) объясняетъ тѣмъ, что во Франціи концессіонеръ не имѣетъ правъ собственности на концедированный ему рельсовый путь, или иное общественное сооруженіе. Во французскомъ правѣ государство вмѣсто того, чтобы сооружать желѣзную дорогу en régie, выдаетъ концессію, которая вмѣсто непосредственной уплаты концессіонеру за понесенные имъ расходы по выполненію общественной работы предоставляетъ ему тѣ права, которыя имѣло бы на нихъ само государство. Это значитъ, говоритъ Гейслеръ, согласно съ ученіемъ о концессіи французскихъ юристовъ, что государство отдаетъ сооруженіе и эксплоатацію желѣзной дороги съ подряда,—концессія во французскомъ правѣ поэтому имѣетъ значеніе договора подряда (Werkverdingungsvertrag).

Но „концессія", по ученію Гейслера, не есть договоръ. Свое мнѣніе базельскій профессоръ основываетъ на рядѣ юридичес-

---

1) Code civil, art. 1102.

2) Code civil, ard. 1104.

3) *Dufour,* Droit administratif. t. III. № 242. „Dans les rapports de l'Etat et du concessionnaire, l'acte de concession a tous les caractéres du contrat".

4) *Batbie*, Droit public, t. VII. № 253, 258. „La concession est un acte par lequel l'administration subroge à ses droits un particulier ou une compagnie. Le contrat de concession est synallagmatique, à titre onéreux et commutatif".

5) *F. Delalleau*, Revue de législation, 1835, T. I. стр. 182.

6) *Ducrocq,* Cours de droit administratif, 5-me ed. № 317.

7) *Dumay,* Etude juridique sur les concessions de chemins de fer, Paris, 1878, § 1. стр. 49—9.

8) *Heusler,* Rechtsgutachten, стр. 10.

кихъ положеній, выводимыхъ изъ анализа гражданскихъ элементовъ договора, при отсутствіи которыхъ сдѣлка, хотя бы основанная на соглашеніи сторонъ, не можетъ быть признана въ силѣ договорнаго отношенія. Въ виду важности для установленія юридическаго понятія концессіи аргументаціи Гейслера мы приведемъ мнѣніе почтеннаго ученаго in extenso.

„Въ смыслѣ юридическомъ договоръ тогда только дѣйствителенъ, когда чрезъ него устанавливаются однородныя, имѣющія одинаковую юридическую природу права и обязанности. Правоотношеніе, возникающее изъ договора, должно для договаривающихся сторонъ имѣть значеніе таковаго отношенія, которое касается тождественной сферы ихъ правъ, такъ чтобы то, что одна сторона пріобрѣтаетъ чрезъ приращеніе своей сферы права,— другая теряетъ чрезъ умаленіе своей соотвѣтствующей области права. Короче, для того, чтобы договоръ могъ имѣть юридическое значеніе, а не простаго неопредѣленнаго соглашенія, существенно необходимо юридическое тождество въ положеніи, занимаемомъ въ правѣ, предмета и лицъ, въ договорѣ участвующихъ. Такъ частныя лица заключаютъ между собой договоры о предметахъ гражданскаго оборота, государства о предметахъ, имѣющихъ значеніе въ государственномъ и международномъ правѣ. Отсюда возникаютъ различные виды договоровъ—гражданскіе, государственные, международные, отличающіеся по особенностямъ того положенія въ правѣ, которое занимаютъ заключающія ихъ лица и предметы, относительно которыхъ состоялось соглашеніе. Договоръ обоюдно долженъ имѣть субъективное и объективное тождество для договаривающихся сторонъ, чтобы могло возникнуть изъ него дѣйствительное правоотношеніе, которое по свойству своему можетъ относиться къ области гражданскаго, государственнаго, или международнаго права.

Достоинство изслѣдованія Гейслера объ юридической природѣ концессіи въ томъ именно и заключается, что онъ указалъ на необходимость „одинаковой правоспособности“ для сторонъ, заключающихъ договоръ, по которому онѣ предоставляютъ взаимно другъ другу однородныя и однозначущія права, которыя по особенностямъ каждаго отдѣльнаго договорнаго соглашенія могутъ относиться къ области гражданскаго, и государственнаго или международнаго права.

Въ силу субъективнаго юридическаго тождества договаривающихся сторонъ государство только тогда можетъ заключить съ частнымъ лицомъ дѣйствительный договоръ, когда оно само можетъ принять значеніе гражданской личности. Государственная власть, въ тѣхъ только предѣлахъ, въ которыхъ она можетъ дѣйствовать, какъ лицо юридическое, фискъ, казна,—можетъ заключать договоры гражданскаго права съ частными лицами, но не далѣе этого. Какъ только государство является въ значеніи представителя государственнаго верховенства, то оно болѣе не можетъ заключить юридическаго договора съ лицомъ, не имѣющимъ субъективно-тождественнаго съ нимъ положенія въ правѣ, напр. съ частнымъ лицомъ. Государство, какъ представитель верховнаго начала, и частное лицо находятся взаимно до того въ неодинаковомъ положеніи юридическомъ, что между ними не можетъ возникнуть договорное соглашеніе, требующее взаимнаго, обоюднаго тождества субъективнаго и объективнаго, т. е. чтобы договаривающіяся стороны проявляли въ договорѣ однородную правоспособность, а предметъ заключаемаго ими договора относился для всѣхъ договаривающихся къ области одинаковаго круга ихъ власти.

Примѣняя указанныя юридическія требованія для дѣйствительности заключаемыхъ между сторонами договоровъ къ понятію „концессіи“, Гейслеръ говоритъ, что „концессія“ есть проявленіе верховныхъ правъ государства, и не вытекаетъ она изъ его гражданской сферы, т. е. изъ сферы фискальной. Она не можетъ имѣть значеніе договора, потому что другая сторона,—концессіонеръ,—не располагаетъ правоспособностью и не участвуетъ въ области верховныхъ правъ государства. Вслѣдствіе субъективнаго различія въ правоспособности государства—концедента и частнаго лица—концессіонера, „концессія“ не можетъ юридически имѣть значеніе договора [1]).

Установленное различіе между договоромъ и концессіей имѣетъ не только теоретическое значеніе, но оно возможно въ смыслѣ практическомъ [2]).

Въ договорномъ правѣ господствуетъ правило, что въ случаѣ уклоненія одной изъ сторонъ отъ исполненія своего договорнаго

---

1) *Heusler*, eod. стр. 8—10.

2) *Heusler*, eod. стр. 11.

обязательства, другая договаривающаяся сторона не можетъ считать договоръ прекратившимся и требовать вознагражденія за послѣдовавшіе отъ уничтоженія договора для нея убытки, но она должна предъявить искъ неисправному контрагенту о выполненіи имъ принятаго обязательства, обращая взысканіе на его имущество въ случаѣ невозможности инымъ путемъ достигнуть выполненія составленнаго договорнаго обязательства. Неисполненіе обязательства, возникшаго изъ договора, создаетъ невыгодныя послѣдствія для неисправнаго должника, но не имѣетъ значенія прекращенія обязательственнаго отношенія, послѣдующаго въ силу односторонней отмѣны той стороны, относительно которой неисправность имѣетъ мѣсто. Эта послѣдняя сторона имѣетъ для огражденія себя отъ требованій исполнить принятое ею на себя по договору обязательство со стороны неисправнаго контрагента, такъ называемую въ римскомъ правѣ „exceptio non adimpleti contractus". Дѣйствіе процессуальнаго возраженія состоитъ въ томъ, что одинъ контрагентъ не въ правѣ требовать выполненія обязательствъ другимъ, пока самъ не выполнитъ относительно послѣдняго имъ должнаго [1]).

Въ силу юридическаго начала „pacta sunt servanda", обязательственный договоръ вызываетъ контрагентовъ къ непосредственному выполненію заключеннаго ими обязательнаго отношенія. Нерѣдко это положеніе отражается невыгодно на взыскателѣ, который предпочелъ бы уничтожить договоръ, невыполненный противной стороной, и взыскивать съ него убытки. Слѣдующій примѣръ разъяснитъ только что сказанное. Участокъ земли проданъ подъ условіемъ сооруженія на границѣ его покупщикомъ стѣны, отдѣляющей участокъ отъ смежныхъ владѣній. Покупщикъ этого условія не выполняетъ. Продавцу было бы несравненно выгоднѣе потребовать уничтоженія договора, неисполненнаго другой стороной, если въ промежутокъ времени между состоявшейся продажей и послѣдовавшимъ неисполненіемъ ея условія нашлось третье лицо, которое предложило за проданный участокъ земли высшую противъ прежней цѣну. Продавецъ, уничтоживъ заключенный имъ договоръ, вслѣдствіе неисполненія его

---

[1]) *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2-te Aufl. Bd. II § 321. пр. 3 „der Kläger nicht die Erfüllung der Verbindlichkeit des Beklagten fordern könne, so lange seine Verbindlichkeit bestehe".

противной стороной, могъ бы совершить для себя болѣе выгодную продажу, или взыскать съ перваго покупщика разницу первоначально условленной и впослѣдствіи предложенной третьимъ лицомъ цѣны. Но принципъ „pacta sunt servanda" дѣлаетъ такой порядокъ юридически несовмѣстнымъ съ характеромъ договорнаго права, гдѣ вѣритель можетъ искать выполненія договора и его условій, и только тогда, когда это выполненіе сдѣлается невозможнымъ, въ правѣ требовать уничтоженія составленнаго имъ договора [1].

Если бы „концессія" и присоединенная къ ней „тетрадь ограниченій" имѣли значеніе договоровъ, то не могло бы быть рѣчи о правѣ государства отмѣнять ихъ въ случаѣ неисполненія со стороны концессіонера. Наибольшее, что могъ бы навлечь на себя концессіонеръ, это было бы то, что государство, въ случаѣ неисправности его, могло бы потребовать по суду уничтоженія договора двусторонняго на томъ основаніи, что одна изъ договаривающихся сторонъ не исполнила своего обязательства и примѣнить здѣсь это обстоятельство, какъ условіе отмѣнительное [2]. Эти постановленія о требованіи по суду отмѣны неисполненнаго одной изъ сторонъ договорнаго двусторонняго обязательства не имѣютъ мѣсто относительно „концессіи". Государство можетъ каждую минуту взять „концессію" назадъ и объявить ее отмѣненной, вслѣдствіе несоблюденія постановленныхъ въ ней условій для концессіонера. Въ этомъ правѣ государства отмѣнять выданную имъ „концессію", выражается прямая ея противуположность съ договоромъ, который одностороннимъ актомъ государства не можетъ быть отмѣненъ. Концессія можетъ быть отмѣнена, потому что она есть актъ верховной власти въ государствѣ,—это есть привилегія, въ отношеніи которой государство не можетъ быть ничѣмъ ограничено. Но, имѣя право односторонней отмѣны концессіи, созданной одностороннимъ актомъ законодательства, государство не можетъ нарушить тѣхъ гражданскихъ послѣдствій, которыя на концессіи опираются. Въ какихъ случаяхъ государство обязано вознаградить за лишеніе

---

1) *Schlossmann*, der Vertrag.

2) Что прямо допускается въ французскомъ кодексѣ ст. 1184. «Условіе отмѣнительное подразумѣвается всегда въ договорахъ двустороннихъ, на случай, если одна изъ сторонъ не исполнитъ своего обязательства».

тѣхъ гражданскихъ правъ, которыя прекращаются съ отмѣной концессіи,—на этотъ вопросъ Гейслеръ не даетъ отвѣта, допуская возможность прекращенія такихъ гражданскихъ правъ и безъ всякаго вознагражденія. Остается напомнить ученіе Гильти объ обязанности государства вознаграждать только за тѣ утрачиваемыя концессіонеромъ права, которыя не противорѣчатъ господствующему въ обществѣ понятію о государственной нравственности [1]).

---

[1]) *Hilty,* eod. стр. 22, „Das sind die Garantien, welche bestehende Privat—Rechtsverhältnisse von dem *sittlichen* Staate *mindestens* zu fordern berechtigt erscheinen müssen und es ist leicht ersichtlich, dass *practisch* die letzte, die *unbedigte formelle Zulassung* einer Entschädigungshlage die wichtigste ist.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Понятіе «концессіи» какъ гражданскаго договора въ правѣ Сѣверо-Американскихъ Штатовъ.

§ 1. Сочиненіе Пирса (Pierce, a treatise on the law of railroads, Boston, 1881) и мѣсто имъ занимаемое въ современной литературѣ по желѣзнодорожному праву.

За послѣднее десятилѣтіе въ юридической литературѣ наиболѣе образованныхъ европейскихъ государствъ появилось значительное число произведеній, посвященныхъ изученію гражданскаго значенія „концессій въ желѣзнодорожномъ правѣ“. Въ Германіи гетингенскій профессоръ *Рудольфъ фонъ Іерингъ* [1]) и гейдельбергскій профессоръ *Ахиллесъ Рено* [2]), во Франціи—*Фердинандъ Дюмэ* [3]), въ Швейцаріи — цѣлая плеяда ученыхъ —*Гейслеръ* [4]), *Гильти* [5]), *Каррардъ* [6]), *Мейли* [7]), въ Бельгіи—знаменитый профессоръ гент-

1) *R. v. Ihering*, Rechtsgutachten betreffend die Gaubahn, въ Iahrbücher für Dogmatik, Bd. XVIII (1880).

2) *Dr. Achilles Renaud*, Rechtsgutachten in Sachen des Interkantonalen Vorbereitungscomites, Basel, 1877.

3) *Ferdinand Dumay*, Etude juridique sur les concessions de chemins de fer. Paris, 1878.

4) *Dr. Andreas Heusler*, Rechtsgutachten in Sachen des Interkantonalen Vorbereitungscomite и въ особенности другое его изслѣдованіе—Rechtsgutachten betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Allgemeinen, Basel, 1877.

5) *Hilty*, Rechtsgutachten betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Allgemeinen, Basel, 1877.

6) *Carrard*, Consultation sur la nature juridique des chemins de fer en général. Bale, 1877.

7) *Meili*, die Verpflichtung zum Bau und Betrieb einer Eisenbahn, въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, herausgegeben von L. Goldschmidt, Bd. 24, 1879. Его же das Pfand und Concurs-Recht der Eisenbahnen, Leipzig, 1879.

скаго университета *Лоранъ* [1]), въ Англіи—*Годжесъ* [2])—посвящаютъ или отдѣльныя монографіи, или отдѣлы въ своихъ болѣе общихъ трудахъ изслѣдованію юридической проbooды „концессій". Къ поименованнымъ сочиненіямъ необходимо присоединить обширное изслѣдованіе о желѣзнодорожномъ правѣ, появившееся въ 1881 году и принадлежащее американскому писателю *Пирсу* (Pierce) [3]). Въ приведенномъ перечнѣ именъ авторовъ мы ограничивались наименованіемъ тѣхъ изъ нихъ, которые касались опредѣленія понятія „концессіи"; если бы мы задались мыслью указать всѣхъ изслѣдователей гражданскаго значенія и дѣйствія „концессіи", то намъ пришлось бы привести цѣлый каталогъ именъ и названій сочиненій. Мы предпочитаемъ своевременно указать и разсмотрѣть ту обширную литературу, которая, на ряду съ самостоятельными источниками желѣзнодорожнаго права и судебной практикой,—создаетъ новую, отдѣльную отрасль въ правовѣдѣніи, именно желѣзнодорожное право, ограничиваясь здѣсь подробнымъ разсмотрѣніемъ перваго существеннаго момента этого права—института „концессіи" и ея понятія. Вслѣдъ за разсмотрѣнными уже въ предшествующей, второй главѣ ученіями юристовъ европейскихъ, мы необходимо должны обратиться къ изученію труда американскаго автора Пирса, останавливающаго наше вниманіе, во первыхъ, потому что въ русской научной литературѣ, опирающейся на выводахъ, добытыхъ учеными главнымъ образомъ германскими, очень рѣдко можно найдти указанія на труды американскихъ изслѣдователей; во-вторыхъ, нигдѣ желѣзнодорожное дѣло въ цѣломъ мірѣ не достигло такого состоянія развитія, какъ въ Сѣверо-Американскихъ соединенныхъ штатахъ [4]), поэтому американскому изслѣдователю представлялось такое обширное поле для изученія, какъ никому изъ европейскихъ уче-

---

[1]) *Laurent*, Principes de droit civil, t. VII, § 330, 374 и § 314—16, 332, t. 32 § 299. t. VI. § 29—35.

[2]) *Hodges*, law of railways, 6 edit. London 1877.

[3]) *Pierce*, a treatise on the law of railroads, Boston, 1881.

[4]) Въ Соединенныхъ Штатахъ въ 1877 году было 128. 187 километровъ рельсовыхъ путей, а во всѣхъ европейскихъ государствахъ немного болѣе,—165. 161. километровъ. Ср. приложенія къ „Gesetzentwurf betreffend den Erwerb mehrerer Privateisenbahnen für den Staat", внесенному въ 1879 году въ прусскую палату представителей; они помѣщены въ „Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten, 1879".

ныхъ; наконецъ, трудъ Пирса самъ по себѣ обращаетъ на себя вниманіе изучающаго желѣзнодорожное право, потому что авторъ трудился надъ нимъ съ 1857 года [1]), собралъ и систематизировалъ громадный матеріалъ законодательной и судебной практики [2]). Книга Пирса рѣзко отличается отъ изслѣдованій европейскихъ юристовъ, посвящавшихъ свои труды изученію желѣзнодорожнаго права тѣмъ, что въ ней нѣтъ почти никакихъ ссылокъ на научныя изслѣдованія предшествующихъ писателей [3]). Въ основаніи труда Пирса лежитъ громадная судебная практика, тщательно собранная имъ въ началѣ книги въ „table of cases", гдѣ на 85-ти страницахъ въ алфавитномъ порядкѣ именъ сторонъ, участвовавшихъ въ процессахъ, перечислены всѣ отдѣльные случаи изъ практики судовъ по предметамъ желѣзнодорожнаго права. Пирсъ придаетъ такое значеніе судебной практикѣ, что для каждаго указаннаго у него въ „table of cases" случая, онъ отмѣчаетъ тѣ страницы въ текстѣ книги, гдѣ о немъ упоминается. Изложеніе содержанія книги Пирса основывается на судебной практикѣ, приводимой кромѣ „table of cases" въ примѣчаніяхъ на каждой страницѣ. Обширность труда Пирса, обнимающаго I—LXXXV, 1—575 страницъ даетъ ему значеніе общаго изслѣдованія по всей системѣ желѣзнодорожнаго права, которую онъ излагаетъ въ пространныхъ девятнадцати главахъ, на которыя распадается его замѣчательная книга. Пирсъ начинаетъ съ ученія о возникновеніи желѣзнодорожныхъ компаній [4]); затѣмъ онъ переходитъ къ

---

[1]) *Pierce*, a treatise on the law of railroads, Boston, 1881. Preface. „My first book was published in 1857. Meantime, the subject developed so much in several directions, and the matter which was at hand in 1857 became so overlaid with later decisions, that, in order to make a complete statement of the law as it is, it became necessary to untertake a new treatise, instead of preparing a new edition of the earlier one".

[2]) Укажемъ на „*table of cases*" приложенную къ книгѣ Пирса и занимающую 85-ть страницъ въ два столбца,—это вся судебная практика по желѣзнодорожному праву въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ.

[3]) Пирсъ иногда приводитъ свои собственные труды по желѣзнодорожному праву, напр. пр. 8 на стр. 2: Index of the Special Railroad Laws of Massachussetts, 1826—1873" by E. L. Pierce, Boston 1874, а также „Table of Railroad Charters" of New Iork in Mc Master's „New Iork Railroad Law", и „Railroad Laws and Charters" Boston, 1851.

[4]) *Pierce*, eod. chapter I, the existence of the corporation (1—23 page).

ихъ управленію [1]), далѣе излагается „составленіе капитала общества“ [2]). Относительно послѣдняго предмета содержится въ книгѣ Пирсъ высшей степени интересная глава четвертая, посвященная тому участію въ составленіи „капитала общества“, которое могутъ принимать города [3]). Глава пятая разсматриваетъ значеніе въ правѣ „капитала общества [4]). Главы отъ шестой до девятой включительно могутъ быть названы той частью книги, которая обнимаетъ собою такъ называемое „вещное желѣзнодорожное право“. Здѣсь излагается порядокъ пріобрѣтенія земель для проведенія рельсоваго пути компаніей и свойство ея права на эти земли [5]). Глава десятая до шестнадцатой включительно содержатъ въ себѣ изложеніе обязательственнаго желѣзнодорожнаго права и всѣ виды отвѣтственности общества за вредъ и убытокъ, причиненный пассажирамъ, служащимъ на дорогѣ, грузамъ, животнымъ при эксплоатаціи паровозныхъ линій [6]). Наконецъ три послѣднія главы въ книгѣ Перса могутъ быть отнесены къ государственному желѣзнодорожному праву, такъ какъ глава семнадцатая посвящена указаннію предѣловъ власти законодательства надъ компаніями [7]); глава восемнацатая—налогамъ, падающимъ но компаніи [8]) и глава девятнадцатая (послѣдняя) излагаетъ предѣлы власти самой компаніи [9]).

Для настоящаго изслѣдованія, имѣющаго цѣлью разсмотрѣть гражданское значеніе „концессіи въ желѣзнодорожномъ правѣ“

---

1) *Pierce*, eod, chapter II, the direction of the corporation (24—44 page).

2) *Pierce*, eod. chapter III, the creation of the capital stock (45—86 page).

3) *Pierce*, eod. chapter IV, Municipal subscriptions (87—109 page).

4) *Pierce*, eod. chapter V, the capital stock (110—129 page).

5) *Pierce*, eod. chapter VI. Purchase of Right of Way and Agreement with Land-Owners (130—141); chapter VII Land and Interests therein acquired by the Right of Eminent Domain (142—231); chapter VIII Railroads upon Highways (232—253); chapter IX the Location (254—261).

6) *Pierce*, eod. Chapter X Liability for torts in general (262—309); chapter XI Negligence (310—339); chapter XII Injuries to travellers on the highways (340—357); chapter XIII Injuries to servants (358—384); chapter XIV Injuries resulting in death (385—400); chapter XV Injuries to cattle (401—430); chapter XVI Injuries to property by fire (431—447).

7) *Pierce*, eod. chapter XVII Legislative power over the company (448—471 page).

8) *Pierce*, eod. chapter XVIII, Taxation (472—490 page).

9) *Pierce*, eod. chapter XIX the Powers of the corporation (491—539 page).

и установить ея понятіе, книга Пирса имѣетъ значеніе въ тѣхъ своихъ частяхъ, которыя посвящены разсмотрѣнію, во-первыхъ возникновенія желѣзнодорожныхъ компаній, создаваемыхъ на основаніи выдаваемой имъ концессіи, затѣмъ,—непосредственнаго дѣйствія концессіи, управомочивающей компаніи соорудить рельсовые пути, наконецъ,—участія государственнаго надзора за создаваемой на основаніи концессіи компаніей. Тотъ отдѣлъ труда Пирса, который разсматриваетъ отвѣтственность компаніи при эксплуатаціи сооруженаго ею рельсоваго пути, не касается правоспособности желѣзнодорожныхъ обществъ и поэтому относится къ желѣзнодорожному обязательственному праву, которому мы посвятимъ третій томъ въ нашемъ общемъ изслѣдованіи объ „гражданскихъ ограниченіяхъ желѣзнодорожныхъ предпріятій“. Для настоящаго же изслѣдованія имѣютъ значеніе главы 1-я, 6-я до 9-й включительно,—глава 17-я и 19 обширнаго труда Пирса. Здѣсь содержится изложеніе той ограниченнй государственнымъ надзоромъ правоспособности гражданской желѣзнодорожныхъ компаній, которая возникаетъ на основаніи особаго акта, извѣстнаго въ американскомъ правѣ подъ названіемъ *гранта* (Grant) т. е. концессіи.

Въ смыслѣ догматическаго объясненія для понятія о „концессіи“ ученіе Пирса отличается отъ всѣхъ построеній, изложенныхъ нами въ главѣ второй настоящаго труда. Пирсъ отдѣляется отъ теоріи Гейслера, считающаго концессію одностороннимъ актомъ государственной верховной власти, подобно привиллегіи, потому что онъ относитъ концессію къ договорамъ; [1]) но онъ не можетъ быть причисленъ къ сторонникамъ господствующаго ученія о договорахъ, допуская возможность „неимущественныхъ благъ“ въ значеніи предмета договорнаго соглашенія [2]). Мы сказали что господствующее ученіе о договорахъ требуетъ для ихъ дѣйствительности, чтобы предметъ договора имѣлъ имущественное значеніе для договаривающихся. Нечего говорить, что не можетъ быть по этому поводу спора, когда предметъ до-

---

[1]) *Pierce,* eod. стр. 448. „Charters granted to private corporations by a State are, by a construction now settled, *contracts* within the meaning of this clause“ Ср. также стр. 4—6 „Acceptance of the Grant“.

[2]) *Pierce,* eod. стр. 448 The franchises and immunities are *incorporeal hereditaments*, and, like any other kind of property, may be subject of grant and contract“.

говора идетъ на доставленіе вещи тѣлесной. Здѣсь имѣетъ мѣсто „безусловно исковой договоръ“, какъ называетъ подобнаго рода соглашенія Рудольфъ фонъ-Іерингъ [1]). Но вопросъ усложняется относительно тѣхъ случаевъ, когда предметъ договора имѣетъ значеніе оказанія услуги (facere) или воздержанія отъ какого либо дѣйствія (in non faciendo). *Сомъ*, [2]) *Рено*, [3]) *Гольдшмидтъ*, [4]) *Гартманъ* [5]) допускаютъ возможность договорныхъ соглашеній относительно такихъ только дѣйствій, которыя имѣютъ для договаривающихся сторонъ денежный интересъ. *Виндшейдъ* [6]) и *Баронъ* [7]) видятъ предѣлъ исковой силы подобныхъ договоровъ тамъ, гдѣ на основаніи усмотрѣнія судьи окажется признанный въ правѣ интересъ и не допускаютъ иска тамъ, гдѣ требованіе основано исключительно на прихоти. Недавно *Р. ф. Іерингъ* [8]) ввелъ здѣсь новое начало „дѣловаго интереса“, который, хотя бы не имѣлъ имущественнаго значенія, но становясь для договаривающихся сторонъ „дѣловымъ“, — охраняется въ правѣ. Вслѣдствіе того, что подобнаго рода договорныя соглашенія требуютъ, чтобы относительно каждаго отдѣльнаго случая было удостовѣрено, дѣйствительно-ли стороны имѣли здѣсь въ виду „дѣловое отношеніе“, а не желали оказать только „дружескую услугу (Gefälligkeit у Іеринга), хотя бы имѣющую большое имущественное значеніе для одолжаемаго лица, или руководились требованіями „общественности“ (Gesälligkeit у Іеринга),— подобные договоры имѣютъ значеніе „условно исковыхъ“ (hipothetisch klagbaren Verträgen у Іеринга).

Этимъ ученіемъ о „дѣловыхъ интересахъ“ въ „условно исковыхъ договорахъ“, предметъ которыхъ состоитъ въ оказаніи услуги или воздержаніи отъ опредѣленныхъ дѣйствій, Р. ф. Іерингъ

---

1) *R. v. Ihering,* Rechtsgutachten betreffend die Gaubahn, § 17 „schlechthin-klagbaren Verträgen“.

2) *Sohm,* in Grünhut's Zeitschrift für Privat-und öffentliches Recht der Gegenwart, Bd. IV. стр. 457 и 474.

3) *Renaud,* Recht der Actiengesellschaften, 2 Aufl. стр. 241, пр. 3.

4) *Goldschmidt,* Handb. des Handelsrecht, § 64. пр. 3.

5) *Hartmann,* die Obligation, Erlangen, 1875, стр. 53.

6) *Windscheid*, Pandekten, § 251 пр. 3.

7) *Baron*, Pandekten, § 208.

8) *R. v. Ihering,* Rechtsgutachten betreffend die Gaubahn, § 15, 17.

думалъ устранить требованія источниковъ римскаго права [1]) о денежной стоимости подобныхъ обязательствъ. Такое же требованіе содержится въ французскомъ гражданскомъ кодексѣ, въ ст. 1142: „всякое обязательство что либо дѣлать или не дѣлать, въ случаѣ неисполненія со стороны должника, превращается въ обязательство вознаградить за вредъ и убытки“ [2]). Рено комментируетъ приведенную ст. 1142 гражданскаго кодекса слѣдующимъ образомъ: „съ этимъ вмѣстѣ признается, что юридическое обязательство что либо сдѣлать не можетъ существовать, если дѣйствіе не имѣетъ для вѣрителя денежной стоимости, и не можетъ поэтому превратиться въ требованіе о вознагражденіи убытковъ и интересовъ“ [3]). Точно такое объясненіе ст. 1142 code civil даютъ составители французскаго кодекса и позднѣйшіе его комментаторы изъ среды теоретическихъ писателей. *Биго-Преамене* (Bigot-Préameneu) въ „мотивахъ“ къ code civil говоритъ: „en matière d'obligation l'intérêt doit être appréciable“ [4]). *Туллie* [5]) *и Ларонъ* [6]) развиваютъ однородную мысль. „Le fait doit être à celui qui le stipule. Si le débiteur refuse de prester le fait, le créancier doit se contenter de dommages-intérêts, et si le fait est inutile, l'inexecution ne lui cause aucun dommage il n'y a pas de dommages—intérêts, partout ou il n'y a pas d'action;... c'est dire qu'un intérêt moral ou d'affection ne suffit point pour agir; il n'y aurait pas moyen de comdamner le debiteur à des dommages—intérêts, dès lors l'obligation serait sans sanction et par suite sans lien de droit“.

Въ обязательствахъ по договору, содержащихъ денежный интересъ для вѣрителя въ томъ дѣйствіи (facere) или воздержаніи

---

1) L. 9 § 2 de statu lib. 40. 7. l. 7 D, de praescript. verbis 19. 5 l. 38 § 17, l. 95 D. de V. O. 45. 1.

2) Такъ переведена ст. 1142 code civil въ Собраніи гражданскихъ законовъ губерній царства польскаго, подлинный текстъ редактированъ слѣдующемъ образомъ: „toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexecution de la part du debiteur“.

3) *Renaud*, Rechtsgutachten in Sachen des Interkantonalen Vorbereitungscomites der Gaubahn. Basel, 1877, стр. 21.

4) *Laucré*, la legislation civile, commerciale et criminelle de la France t. VI. p. 152.

5) *Toullier*, droit civil, tom. III, 2, 88—146.

6) *Laurent*, principes de droit civil, tom. XVI § 81.

отъ дѣятельности (in non faciendo), къ которымъ обязался должникъ, не можетъ быть никакого сомнѣнія объ исковомъ ихъ значеніи. Это „безусловно исковые договоры“ (schlechthin klagbaren Verträgen) по ученію Р. ф. Іеринга. Но отсюда не слѣдуетъ, чтобы дѣйствія или воздержаніе отъ дѣятельности, не имѣющія непосредственно денежной стоимости для вѣрителя, не могли составлять дѣйствительныхъ обязательственныхъ отношеній. Исковая защита ихъ только обусловливается тѣмъ, на сколько подобныя дѣянія или воздержаніе имѣютъ для вѣрителя значеніе „дѣловаго интереса“. Поэтому подобныя обязательства имѣютъ значеніе „условно исковыхъ“ (hipothetisch klagbaren Verträgen) находясь въ зависимости отъ того, что въ данномъ обществѣ признается за „дѣловой интересъ“. „Интересъ, какъ мѣра для права, есть мѣра непостоянная, и кто вздумалъ бы разсматривать отвлеченно вопросъ объ интересахъ, требующихъ защиты въ правѣ, тотъ обнаружилъ-бы полнѣйшее непониманіе предмета, какъ будто здѣсь возможно рѣшеніе одинаковое для всѣхъ временъ и народовъ“. Обращаясь къ опредѣленію понятія „интереса“, выставляемаго Р. ф. Іерингомъ въ значеніи „мѣры для правъ“, онъ говоритъ: „интересъ въ смыслѣ субъективномъ указываетъ на чувство зависимости въ жизни. Основаніе, въ силу котораго меня интересуетъ извѣстная вещь или отношеніе, лежитъ въ томъ, что я чувствую отъ нихъ зависимость моего довольства или счастія. Интересы слѣдовательно—это суть жизненныя требованія въ широкомъ смыслѣ. Понятіе жизненныхъ требованій принимается здѣсь преимущественно въ значеніи относительномъ, что составляетъ полноту жизни для одного, т. е. входитъ въ условія его благосостоянія, то для другаго не имѣетъ никакого значенія“ [1]).

Предметомъ обязательства, идущаго на оказаніе извѣстной услуги, или воздержанія отъ опредѣленнаго дѣйствія могутъ быть такія дѣйствія, которыя не только имѣютъ „денежное значеніе“, но всѣ тѣ, которыя, по разсмотрѣнію суда, будутъ признаны составляющими „дѣловой интересъ“ для вѣрителя. Такимъ образомъ кругъ обязательственныхъ дѣйствій, которыя имѣютъ своимъ содержаніемъ „что либо дѣлать или не дѣлать“ на сторонѣ

---

[1]) *R. v. Ihering*, Rechtsgutachten betreffend die Gaubahn, § 15.

должника—значительно разсширяется, включая также всѣ дѣйствія, имѣющія для вѣрителя „дѣловой интересъ“, хотя бы неопредѣляемый въ денежной стоимости.

§ 2. Понятіе „концессіи“ (Grant) на основаніи права Сѣверо-Американскихъ Штатовъ.—„Концессія“ устанавливаетъ договорное обязательство государства предъ концессіонеромъ.

Въ противоположность ученіямъ большинства европейскихъ юристовъ, исходящихъ при опредѣленіи понятія „концессіи“, изъ начала верховной власти въ государствѣ, которая, проявляя свое верховное право, создаетъ частныя корпораціи, уступая имъ не части своего неотчуждаемаго верховенства, но извѣстныя гражданскія права,—американскій писатель Пирсъ основываетъ свое ученіе о „концесіи“ на началѣ *корпоративномъ* [1]) *и договорномъ* [2]).

Желѣзнодорожныя компаніи имѣютъ значеніе частныхъ гражданскихъ корпорацій, т. е. такихъ, которыя учреждены частными лицами, или капиталъ которыхъ составленъ изъ взносовъ отдѣльныхъ лицъ и учрежденій. Болѣе точно желѣзнодорожныя компаніи называются торговыми и промышленными учрежденіями въ отличіе отъ благотворительныхъ корпорацій. Частныя лица могутъ соорудить и эксплоатировать желѣзную дорогу тогда, когда они въ состояніи пріобрѣсти путемъ купли право на путь [3]). Такія частныя желѣзныя дороги (private railroads) могутъ быть сооружены или на собственный землѣ строителя, или онѣ проводятся по чужой землѣ на основаніи пріобрѣтеннаго сервитутнаго права на путь [4]).

Первоначальное законодательство Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ относительно рельсовыхъ путей допускало пользованіе ими для всѣхъ частныхъ лицъ, имѣвшихъ право, за установленную плату (payment of tolls), ставить на сооруженную желѣзную дорогу свой подвижной составъ; компаніи же предоставляли движущую паровую силу. Въ то время паровозныя линіи

---

1) *Pierce*, eod. chapter I, the existence of corporation.

2) *Pierce*, eod. chapter XVII Legislative power over the corporation.

3) *Pierce*, eod. стр. 2. „A private individual may construct and work a railroad, if he can obtain a right of way by purchase“.

4) *Pierce*, eod. стр. 2 „... or on the land of another by purchase of *a right of way*“.

въ Сѣверо-Американскихъ Штатахъ объявлены были въ законодательствѣ „государственными путями“ [1]). Но такой порядокъ эксплоатаціи вскорѣ найденъ былъ непримѣнимымъ. Въ настоящее время желѣзныя дороги, когда онѣ назначены для общественнаго пользованія, сооружаются и эксплоатируются частными корпораціями, иногда государствомъ, или частными лицами, представителями облигаціонеровъ или лицами, приставленными для взиманія сборовъ по назначенію суда [2]).

Уставъ частныхъ корпорацій, въ отличіе отъ корпорацій государственныхъ, имѣетъ значеніе договора [3]), потому что корпорація частная не можетъ быть создана вопреки ея волѣ и концессія должна быть принята концессіонеромъ. Принятіе концессіонера, чтобы стать дѣйствительнымъ должно быть безусловное, со всѣми ограниченіями, содержащимися въ актѣ концессіи -- cum onere. Принятіе концессіи можетъ быть прямое, явное или молчаливое, подразумѣваемое [4]). Поэтому достаточно для дѣйствительности принятія концессіи, если желѣзнодорожная компанія пользуется своими корпоративными правами и совершаетъ акты, дозволенные концессіей [5]). Но принятіе концессіи предполагается только тогда, когда уставъ компаніи переименовываетъ участниковъ корпораціи и когда ими выполнены всѣ условія дѣствительнаго принятія [6]).

Прямое, явное принятіе концессіи можетъ быть сдѣлано большинствомъ акціонеровъ желѣзподорожной компаніи, или дирек-

---

[1]) *Pierce*, eod. стр. 2 „They were sometimes declared by statute to be *public highways*“.

[2]) *Pierce*, eod. стр. 2. „Then are now, when designed for public use, constructed and managed usually by corporations, though sometines by the State, or by individuals, trustces of bondholders, or receivers acting under judicial appointment“.

[3]) *Pierce*, eod. стр. 1. „The charter of a private corporation, unlike that of a public corporation, is *a contract*“. Ср. также стр, 448—50.

[4]) *Pierce*, eod. стр. 5. „The acceptance may be implied as wellas axpress“.

[5]) *Pierce*, eod. стр. 5. „The acceptance may be implied from acts indicating an intention to accept,—as from the use of corporate powers, and the performance of corporate acts authorized by the graat“.

[6]) *Pierce*, eod. стр. 5. „The acceptance of a charter is presumed only when it names the corporators, and the conditions precedent have been complied with“.

торомъ, если это не выходитъ за предѣлы его власти и законъ не требуетъ явнаго или подразумѣваемаго участія акціонеровъ [1]).

Вслѣдствіе перенесенія момента, когда концессія вступаетъ въ дѣйствительную силу, на актъ принятія ея корпораціей, а не отнесеніе ея дѣйствительности къ выдачѣ государственной властью, какъ это мы видѣли у большинства европейскихъ изслѣдователей концессій,—важнымъ началомъ относительно концессіи въ правѣ американскомъ является образованіе корпораціи, способной совершить актъ принятія концессіи. Относительно возникновенія корпораціи американское право основывается на фактическомъ образованіи корпоративнаго соединенія, хотя бы оно не удовлетворяло всѣмъ законнымъ требованіямъ для образованія компаній. „Корпорація можетъ существовать и пользоваться своими привилегіями, не смотря на неправильности при ея учрежденіи и несоблюденіе требованій устава относительно ея организаціи и дѣйствія [2]). Нарушеніе этихъ законныхъ требованій относительно корпорацій влечетъ за собой по справедливости судебное преслѣдованіе, но не ограничиваетъ корпорацію de facto въ осуществленіи ея правъ [3]). На этомъ основаніи союзъ, который былъ организованъ и дѣйствовалъ какъ корпорація, не можетъ отказаться отъ своего корпоративнаго бытія [4]); существованіеже корпораціи доказывается, во-первыхъ ея уставомъ и во-вторыхъ пользованіемъ ея корпоративными правами [5]). Неправильности въ образованіи корпораціи могутъ быть устранены послѣдовавшимъ ея признаніемъ со стороны государства, которое однако не можетъ создавать само по себѣ корпорацій тамъ, гдѣ ея нѣтъ de facto [6]).

---

[1]) *Pierce*, eod. стр. 5. „An express acceptance may be made by a majority of the stockholders; or by the directors when the matter is within the scope of their authority, and the statute does not expressly or by implication require the action of the stockholders".

[2]) *Pierce*, eod. стр. 6. „A corporatiou may exist and remain iu the full enjoyment of its franchises, notwithstandinq irregularities in its creation, and its neglect of statute requirements in ist organisation and pracedings".

[3]) *Pierce*, eod стр. 7.

[4]) *Pierce*, eod. стр. 8. „A body which has organized and acted as a corporation is estopped from denying its corporate existence".

[5]) *Prierce*, eod. стр. 8. „The existence of a corporatiou may be proved by its charter and the use of corporate powers".

[6]) *Pierce*, eod. стр. 7. „.... but such a recognition does not of itself create a corporation where there is no corporation de facto".

Фактически существующая, доказывающая свое бытіе дѣйствительнымъ пользованіемъ своими корпоративными правами,—компанія, прикрывающаяся государственнымъ признаніемъ въ случаѣ неправильностей, допущенныхъ при ея возникновеніи,—принимаетъ концессію, выдаваемую ей государственной властью. Поэтому концессія, данная государствомъ и принятая частной компаніей, имѣетъ значеніе договора, на основаніи намѣренія, содержащагося въ ея постановленіяхъ. Она предоставляетъ права и привиллегіи концессіонеру, въ разсчетѣ на которыя концессія имъ принята, за что на концессіонера возлагаются соотвѣтствующія обязанности. Концессія имѣетъ значеніе договора также по отношенію къ государству ее выдававшему, ибо оно обязывается совершать такія дѣйствія, которыя обезпечиваютъ компаніи спокойное пользованіе предоставленными ей правами и привиллегіями, а также ихъ неприкосновенность [1]).

Концессіи желѣзнодорожныхъ компаній, имѣющихъ значеніе частныхъ корпорацій, прямо противоположны по своему юридическому значенію, какъ договорные акты, уставамъ государственныхъ корпорацій. Уставы общественныхъ соединеній послѣдняго рода, напр. городовъ, графствъ, не имѣютъ значеніе договоровъ по смыслу конституціи Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ. Корпораціи государственныя имѣютъ значеніе органовъ правительственной власти и хотя покровительствуются конституціей Штатовъ, но могутъ быть измѣняемы законодательной властью по ея усмотрѣнію. Желѣзнодоржная компанія, если капиталъ ея вполнѣ составленъ изъ средствъ государства, имѣетъ также значеніе государственной корпораціи и подлежитъ всѣмъ тѣмъ измѣненіямъ къ ея концессіи, которыя законодательная власть признаетъ необходимыми [2]). Но одинъ тотъ фактъ, что желѣзнодорожная компанія служитъ государству, какъ общественный возчикъ, не можетъ превратить ее въ политиче-

---

1) *Pierce*, eod. стр. 448. „The charter, a contract within the Constitution of the United States“.

2) *Pierce*,, eod. стр. 449. „The charter of a public corporation . . . is not a contract . . . . These corporations are instruments of governement and may be changed by the legislature at its discretion. A railroad company, if its stock is owned wholly by the State is a public corporation, but is not such if ist stock is only in part owned by the State“.

ское орудіе, или лишить ее характера частной компаніи, предъ которой государство принимаетъ договорныя обязательства [1]). Даже то обязательство, что концессія исходитъ отъ государственной власти, не можетъ превратить частную компанію въ государственную корпорацію. Тѣмъ не менѣе однако уставъ желѣзнодорожной компаніи можетъ содоржать въ себѣ правила, имѣющія государственное значеніе, т. е. такія постановленія, которыя носятъ на себѣ характеръ государственно правовой,— этаго рода постановленія подлежатъ измѣненіямъ по усмотрѣнію власти законодательной [2]). Построеніе понятія концессіи у Пирса основывается на существѣ правъ, устанавливаемыхъ для частныхъ корпорацій данными имъ и ими принятыми концессіями. Послѣднее обстоятельство,—необходимость принятія частной компаніей данной ей концессіи, создаетъ ея договорный характеръ. Затѣмъ по существу правъ, такимъ путемъ устанавливаемыхъ, различается гражданская сторона концессіи отъ ея государственнаго дѣйствія. Что касается гражданской части договора концессіи, то она ограждена въ своей неприкосновенности постановленіемъ ст. 1-й пунктъ 10 конституціи Сѣверо Американскихъ Штатовъ, въ которой содержится правило, что „ни одинъ штатъ не долженъ принимать закона, уменьшающаго обязательность договоровъ“ [3]).

Какъ слѣдствіе принципа обязательности договоровъ, къ числу которыхъ относится концессія въ тѣхъ ея частяхъ, которыя порождаютъ гражданскія правоотношенія, является то положеніе, что измѣненія въ уставѣ частной корпораціи вообще, а слѣдовательно желѣзнодорожной компаніи въ частности, могутъ получить обязательное значеніе чрезъ согласіе компаніи на предполагаемыя ей измѣненія [4]).

---

1) *Pierce*, eod. стр. 449. „The fact that the company serves the governement as a common carrier does not convert it into a political agency, or take from it the character of a private corporation“.

2) *Pierce*, eod. стр. 449 „the charter of a private corporation may contain provisions of a public character, or public regulations which are subject to alteration“.

3) *Constitution of the United States,* art 1, Tenth section: „No State shall.... pass any... law impairing the obligation of contracts“.

4) *Pierce*, eod. стр. 449. „Amendments of the charter which impaire the obligation of the contract become binding by the assent of the corporation, and such assent may be implied as well as formally expressed“.

Указанныя нами особенности въ актѣ концессіи, содержащемъ въ себѣ постановленія гражданскаго и государственнаго права, приходятъ къ тому заключенію, что для дѣйствительности договора концессіи относительно устанавливаемыхъ имъ гражданскихъ правоотношеній не требуется никакой особой формы совершенія договора. Концессія можетъ быть принята, какъ мы указали выше, явно и подразумѣваемо, въ силу простаго пользованія корпоративными правами, ею предоставляемыми. Что же касается государственныхъ правъ, установливаемыхъ актомъ концессіи, то, „въ отношеніи государственнаго интереса намѣреніе государства принять на себя обязательства, какъ во всякомъ договорѣ, должно ясно обнаружиться въ опредѣленной формѣ". Но такъ какъ согласіе сторонъ существенно для составленія договора, поэтому концессія не можетъ стать договоромъ ранѣе ея принятія, такъ что до своего принятія компаніей она можетъ быть отмѣнена [1]).

§ 3. Послѣдствія обязательствъ, принимаемыхъ государствомъ относительно частныхъ корпорацій (въ частности желѣзнодорожныхъ компаній) на основаніи принятой послѣдними концессіи. Оговорённая власть государства, требованія полицейскія и общія измѣненія законодательныя. Толкованіе концессій.

Корпорація, принявшая концессію, данную ей государственной властью, не можетъ быть чрезъ послѣдующее законодательство подчинена такимъ обязательствамъ и ограниченіямъ, которыя не указаны въ первоначальномъ актѣ. Поэтому желѣзнодорожная компанія не можетъ быть принуждена къ уплатѣ поземельнымъ собственникомъ „дальнѣйшихъ убытковъ" (consequential domages), которыхъ она не обязана была вносить тогда, когда ея уставъ составлялся [2]), или къ тому, чтобы ея поѣзда ожидали прихода поѣзда другой кемпаніи, когда здѣсь затронуто исключительно только общественное удобство [3]). Но если государство не мо-

---

[1]) *Pierce*, eod. стр. 449—450. „Form of the Grant or Contract. The assent of the parties being essential to a contract, a charter does not become one until it is accepted, and before acceptance it may be revoked".

[2]) *Pierce*, eod. стр. 450. „a railroad company to pay consequential domages to land-owners for which it was not liable when incorporated".

[3]) *Pierce*, eod. стр. 450 „to waid for trains at a connection with the railroad of another company where only the public convenience is coucerned".

жетъ измѣнять обязательства компаній, возникающихъ для нихъ изъ договора, то отъ его усмотрѣнія зависитъ установленіе способовъ и порядка принужденія къ выполненію ихъ [1]). Обязательство по договору отличается отъ принудительныхъ средствъ къ его исполненію, не смотря на тѣсную связь, существующую между требованіемъ и его принудительнымъ выполненіемъ. Государство можетъ вводить новыя формы суда для обязательственныхъ отношеній, возникающихъ между желѣзнодорожной компаніей и постороннимъ лицомъ, но оно не можетъ создать отвѣтственности за предшествующія дѣянія, не налагавшія обязательства [2]). Такимъ образомъ законодательство можетъ, во-первыхъ, измѣнить порядокъ судопроизводства, правила процесса, подсудность исковъ, возникающихъ изъ обязательствъ, закономъ налагаемыхъ на частныя корпораціи; во-вторыхъ, оно можетъ установить санкцію за нарушеніе устава, ввести новыя мѣры, опредѣляющія отношенія компаніи къ частнымъ смежнымъ поземельнымъ собственникамъ или кредиторамъ; наконецъ, государство въ правѣ придать судебное значеніе нарушеніямъ, которыя прежде не считались исковыми, напр. по общему праву нѣтъ иска за вредъ, произшедшій отъ случайной причины, но тѣмъ не менѣе на желѣзнодорожную компанію можетъ быть и при такихъ обстоятельствахъ наложена отвѣтственность.

Однако государство можетъ удержать за собой власть измѣнять и отмѣнять выданную концессію и съ этой цѣлью оно включаетъ постановленіе, содержащее въ себѣ такую оговорку, или въ общій, или въ статутарный законъ. Удержанная такимъ образомъ власть составляетъ часть договора [3]), заключеннаго между государствомъ, выдавшимъ, и компаніей, принявшей концессію. Государство можетъ въ силу оговоренной своей власти наложить на компанію новыя обязательства безъ всякаго за нихъ вознагражденія. „Оговорки касаются всего отношенія между государствомъ и корпораціей и ставятъ подъ контроль законода-

---

[1]) *Pierce*, eod. стр. 451—2 „Obligation and remedy distinguished“.

[2]) *Pierce*, eod. стр. 452. „Bnt, althouqh it may enlarge and perfect the remedy, it cannot create a liability for antecedent acts for which, when committed, there was no liability“.

[3]) *Pierce*, eod. стр. 456 „the reserved power is thus made a part of the contract“.

тельства всѣ права, привиллегіи и обязанности, вытекающія непосредственно отъ государства на основаніи устава компаній" [1]).

На основаніи удержанной власти надъ желѣзнодорожными компаніями, что составляетъ часть договора съ ними, государство въ правѣ наложить на компаніи необходимыя издержки для устройства безопасныхъ скрещеній рельсоваго пути съ другими дорогами государственными или обязать ихъ, чтобы онѣ совершили соединеніе своей линіи съ паровымъ путемъ другой компаніи,— возвели ограды вдоль линіи для предохраненія скота смежныхъ съ путемъ владѣльцевъ отъ возможности быть раздавленными идущими поѣздами, если путь былъ бы для него доступенъ. Государство имѣетъ право на основаніи удержанной за собой власти надъ компаніями установить личную отвѣтственность акціонеровъ по долгамъ компаніи;—наложить на компанію отвѣтственность за вредъ, произшедшій отъ огня, сообщившагося отъ ихъ машинъ;—требовать отъ компаніи учрежденія „погасительной кассы" (sinking fond) и передачи ея въ казну;—совершать сліяніе корпораціи помимо согласія акціонеровъ.

Государство можетъ отмѣнить или измѣнить власть городскихъ обществъ оказывать содѣйствіе корпораціямъ чрезъ подписку для составленія ихъ основнаго капитала;—опредѣлить обязанности при перевозкѣ;—дозволить совершить измѣненія въ предпріятіи, что становится обязательнымъ для несогласныхъ акціонеровъ.

Сохраненная за государствомъ власть измѣнять, дополнять и отмѣнять концессіи вообще считается такою властью, которую примѣняютъ ограниченно, основываясь на соображеніяхъ разума и справедливости [2]). Если эта власть, удерживаемая по договору [3]) государствомъ, даетъ возможность совершать измѣненія въ концессіи и налагать на компанію обязательства, требуемыя общественной пользой и безопастностью, то отсюда, не слѣдуетъ чтобы можно было безусловно вторгаться (reckless invation) въ

---

1) *Pierce*, eod. стр. 457 приводитъ слова судебнаго рѣшенія, содержащаго указанное въ текстѣ положеніе: „the reservation affects the entire relation between the State and the corporation, and places under legislative control all rights, privileges and immunities derived by its charter directly from the State", и пр. 2.

2) *Pieree*, eod. стр. 459 „limitations founded in reason and justice".

3) *Pierce*, eod стр. 456 „reserved power is part of the contract".

право собственности корпорацiи и измѣнять ея назначенiе. Государство въ правѣ проявлять свою оговоренную власть, но оно не можетъ взять то, чего не дало, т. е. частную собственность корпорацiи, развѣ оно здѣсь примѣнитъ начало права экспропрiацiи. „Власть государства измѣнять концессiи должна быть ограничена измѣненiями разумными, опредѣляющими порядокъ пользованiя и извлеченiя выгоды отъ исключительныхъ правъ концессiи, при этомъ предметъ концессiи не можетъ подлежать измѣненiямъ, не могутъ быть отмѣняемы собственность или право, прiобрѣтенныя посредствомъ примѣненiя концедированной власти;—договоры, заключенные законно на основанiи устава, не подлежатъ уничтоженiю“ [1]).

Пирсъ говоритъ, что право государства вмѣшиваться въ правоотношенiя корпорацiй одни законодательства относятъ къ его власти измѣнять уставы, другiя-же этого рода вмѣшательства причисляютъ къ полицейской власти государства [2]).

Если подъ „полицейской властью“ понимать такую власть, которая непосредственно имѣетъ въ виду общественную безопасность, порядокъ, здравiе, нравственность и удобства, то эта власть безсильна измѣнять права и привиллегiи, существенныя для компанiи, или возлагать на нее новыя дополнительныя обязательства. Поэтому признается, что полицейская власть не можетъ расширять обязанности компанiи только на основанiи общественныхъ выгодъ, если это не требуется въ интересахъ безопасности. Такимъ образомъ полицейская власть въ государствѣ не можетъ требовать, чтобы желѣзнодорожная компанiя останавливала на нѣкоторое время свои поѣзда при пересѣченiи своей линiи рельсовымъ путемъ другой компанiи, съ цѣлью принять пассажировъ съ другой дороги. Тѣмъ болѣе полицейская власть ограничена въ тѣхъ случаяхъ, когда возлагаемое по ея требованiю обязательство имѣетъ по преимуществу частное значенiе и не требуется общественной безопасностью или удобствами, напр. относительно требованiя, обращаемаго къ желѣзнодорожной компанiи, соорудить переѣздъ чрезъ полотно дороги въ интересахъ смежной фермы.

---

1) *Pierce,* eod. стр. 459.
2) *Pierce,* eod. стр. 460.

По мнѣнію другихъ авторитетовъ, говоритъ Пирсъ [1]), полицейская власть въ государствѣ распространяется также на контроль за правами гражданскими, получая значеніе верховнаго управленія людьми и вещами [2]). Отсюда возникаетъ такая власть, которая по своему усмотрѣнію опредѣляетъ дѣятельность отдѣльныхъ членовъ общества относительно другъ друга и порядокъ пользованія ихъ своей собственностью, руководясь здѣсь основнымъ правиломъ общежитія — „sic utere tuo ut alienum non laedas".

Частныя компаніи подчиняются не только власти государства, удержанной имъ съ цѣлью измѣненій и отмѣны концессіи, и его полицейскому усмотрѣнію, но онѣ также подлежать всѣмъ тѣмъ перемѣнамъ, которыя вносятся относительно ихъ закономъ. „Собственность и привилегіи компаніи конечно ограждены конституціей, но сами компаніи не стоятъ выше законовъ" [3]). Концессія не имѣетъ въ виду обезоружить государственную власть относительно изданія ею законовъ, имѣющихъ въ виду огражденіе жизни, тѣлесныхъ органовъ, здоровья и нравственности гражданъ и установленіе такого способа пользованія ихъ собственностью, чтобы различные собственники не вредили другъ другу. „Такіе законы могутъ случайно измѣнить значеніе привилегій и правъ, данныхъ по договору концессіи, но они совершаются diverso intuitu и не запрещены конституціей" [4]).

Напр. издается законъ, имѣющій въ виду оградить безопасность пассажировъ при движеніи поѣздовъ, для чего предписывается сооруженіе вдоль линіи изгороди, преграждающей доступъ животныхъ на рельсовый путь. Не смотря на преслѣдуемую въ законѣ цѣль его постановленіе ограждаетъ также стада смежныхъ съ желѣзной дорогой землевладѣльцевъ отъ вреда, который имъ можетъ быть нанесенъ поѣздами. Компанія можетъ быть принуждена ввести извѣстнаго рода изгороди и съ нея можетъ

---

1) *Pierce,* eod. стр. 465.

2) *Pierce,* eod. стр. 465 „the general powers of sovereinghty to govern men and things".

3) *Pierce*, eod. стр. 460. „Property and essential franchises are protected by the Constitution; but the company itself is not thereby placed above the laws".

4) *Pierce*, eod. стр. 460. „Such laws may incidentally impair the value of franchises, or of rights held under contracts, but they are enacted diverso intuitu, and are not within the constitutional inhibition".

быть принуждена двойная сумма убытковъ, понесенныхъ собственникомъ животныхъ, вслѣдствіе небреженія компаніи сообразоваться съ закономъ. Но концессія, налагающая на компанію безусловную отвѣтственность за вредъ, причиненный животнымъ смежныхъ съ линіей землевладѣльцевъ, помимо всякой съ ихъ стороны небрежности или нарушенія обязанности, считается неконституціонной, на томъ основаніи, что компанія такимъ образомъ лишается собственности „безъ надлежащаго законнаго порядка“ [1]). Желѣзнодорожная компанія возникаетъ на основаніи выданной ей со стороны государства концессіи, которую отдѣльныя лица испрашиваютъ, представляя государственной власти проекты для нея. Выданная и принятая концессія предполагается совершенной въ тѣхъ выраженіяхъ, которыя содержались въ проектѣ ея; поэтому, въ случаѣ неясности, концессія изъясняется противъ концессіонера, имѣвшаго возможность озаботиться о формулованіи текста концессіи. Ограничительное толкованіе концессіи основано по мнѣнію Пирса на томъ соображеніи, чтобы избѣжать неопредѣленныхъ концессій [2]). Относительно толкованія словеснаго смысла концессій необходимо различать концессіи, даваемыя государственнымъ корпараціямъ, исключительно составленными для общественной пользы, отъ концессій частныхъ лицъ и соединеній. Только концессія послѣдняго рода надлежатъ ограничительному толкованію, потому что дѣйствіе ихъ состоитъ въ сокращеніи функцій правительства, что не можетъ быть подразумѣваемо [3]). Правило ограничительнаго толкованія „концессій не препятствуемъ тому, чтобы на ряду съ явно и непосредственно концедированной правоспособностью компаніи (express powers) [4]) имѣла мѣсто подразумѣваемая правоспособность (implied or incidential powers) [5]), необходимая для осуществленія первой“.

Въ Англіи, говоритъ Пирсъ, правило относительно ограничительнаго толкованія концессіи имѣетъ еще болѣе строгое значе-

---

[1]) *Pierce*, eod. стр. 462—3 „without due process of law“.

[2]) *Pierce*, eod. стр. 491. „a more substantial reason for the rule is that it tends to prevent improvident grants“.

[3]) *Pierce*, eod. стр. 493 „a grant, the effect of which is to abridge important functions of goverenement is to be construed strictly“.

[4]) *Pierce*, eod. стр. 492.

[5]) *Pierce*, eod. стр. 492.

ніе чѣмъ въ Америкѣ. Въ Англіи желѣзнодорожный актъ разсматривается, какъ рисковый договоръ компаніи съ публикой, содержаніе котораго выражено въ концессіи, при этомъ всякая неясность въ словесномъ смыслѣ договора должно быть обращена противъ компаніи, которая не можетъ отыскивать никакой власти, кромѣ явно указанной въ концессіи [1]).

§ 4. Гражданское дѣйствіе договора концессіи (grant) въ правѣ Сѣверо-Американскихъ Штатовъ. Установленіе вещныхъ правъ и договорной правоспособности компаніи. Теорія «ultra vires» въ Англіи и Сѣверо-Американскихъ Штатахъ.

Договорный актъ концессіи, подлежащій, во-первыхъ, измѣненіямъ и отмѣнѣ въ силу оговоренной въ немъ власти государства вмѣшиваться въ выданную и принятую концессію,—во вторыхъ, подчиненный требованіямъ полицейскаго свойства со стороны власти административной, и въ-третьихъ, отражающій на себѣ послѣдствіе перемѣнъ въ общемъ законодательствѣ о правоспособности частныхъ корпорацій,—этотъ актъ концессіи создаетъ гражданскія права для концессіонера, которыя могутъ у него быть отняты только путемъ экспропріаціи [2]). Къ числу этихъ гражданскихъ правъ относятся, прежде всего, тѣ привиллегіи, которыя даются компаніи на основаніи концессіи (grant). Привиллегіи компаніи составляютъ ея „нетѣлесное имущество" [3]). Затѣмъ компаніи желѣзнодорожныя имѣютъ вещное право [4]) на земли, необходимыя для проведенія ихъ линіи, и на подвижной составъ, служащій при эксплоатаціи паровозной дороги. Такимъ образомъ желѣзнодорожныя компаніи имѣютъ вещное право на недвижимое имущество (real estate) и право собственности на дви-

---

1) *Pierce*, eod. стр. 492. „a railway act is regarded as a bargain between a company of advanturers and the public".

2) *Pierce*, eod. стр. 153. „The grant itself is irrevocable, but the whole franchise, including the exclusive right, remains subject to the right of eminent domain".

3) *Pierce*, eod стр. 153. „The franchise of the corporation is an incorporeal hereditament".

4) *Pierce*, eod. стр. 506. „The power to hold reol estateis limited to the proper and necessary usesof the company... and does not extend to the purchase of land as an investment or speculation".

жимость (personal property). Характеристическая особенность желѣзнодорожнаго вещнаго права состоитъ въ томъ, что, во-первыхъ, желѣзнодорожныя компаніи въ правѣ пріобрѣтать на основаніи добровольнаго соглашенія, или посредствомъ экспропріаціи только тѣ земли, которыя необходимы для сооруженія линіи, но онѣ не могутъ дѣлать покупокъ земли съ цѣлью спекуляціи или для помѣщенія капитала. Однако, практика судовъ Сѣверо Американскихъ Штатовъ допускаетъ возможность пріобрѣтенія желѣзнодорожной компаніей земель въ видахъ расширенія ея дѣлъ, напр. когда компанія покупаетъ участокъ земли съ цѣлью продать содержащійся въ немъ песокъ такимъ лицамъ, которыя обязаны заплатить за его перевозку по желѣзной дорогѣ. Здѣсь пріобрѣтается земля для расширенія дѣлъ желѣзнодорожной компаніи, такъ что по окончаніи всей перевозки содержащагося въ купленномъ участкѣ песка, земля затѣмъ продается компаніей, что, на основаніи справедливости, считается законнымъ [1]). Другая особенность вещнаго желѣзнодорожнаго права касается ограниченія компаній въ порядкѣ пользованія пріобрѣтенными ими путемъ экспропріаціи землями. Эти земли могутъ исключительно быть обращены на нужды желѣзнодорожнаго дѣла. Такъ что обращеніе экспропріированной земли компаніей на постоянныя цѣли торговыя, или для учрежденія на нихъ дѣла механическаго и мануфактурнаго,—даетъ основаніе экспропріированному собственнику сдѣлать заявленіе (writ of entry) и потребовать возврата своего права, неправильно присвоеннаго (misapprorpriation), и вознагражденія за неправильное пользованіе его землей [2]). Отсюда слѣдуетъ, что желѣзнодорожная компанія не имѣетъ тѣхъ же правъ на пользованіе землею, какъ обыкновенный собственникъ, но пользованіе ея ограничено тѣмъ, что требуется для цѣлей желѣзной дороги. [3]) Что касается права собственности на подвижной составъ (personal property) желѣзнодорожной компаніи, то она въ правѣ временно предоставить пользованіе имъ другой компаніи, если

---

[1]) *Pierce*, eod. стр. 506.

[2]) *Picrce*, eod. стр. 508. „But the conversion of land taken to business remote from any connection with railroad use, is a misappropriation....“

[3]) *Pierce*, eod. стр. 508 „the company has not the same right in the use of its lacation as an ordinary proprietor, but the use is limited to what is required for the purposes of the railroad“.

онъ для нея излишенъ. Здѣсь имѣетъ значеніе тотъ принципъ, что когда подвижной составъ не занятъ для своего непосредственному назначенія, то пользованіе имъ можетъ быть передано посторонним лицамъ [1]). Слѣдовательно цѣль желѣзнодорожнаго дѣла налагаетъ на компанію ограниченія при пріобрѣтеніи вещнаго права на земли, лишая ее возможности покупокъ для спекуляціи, а не для эксплоатаціи сооружаемаго паровознаго пути,—стѣсняя ее, далѣе, въ пользованіи пріобрѣтенными земельными участками и подвижными составомъ, которые не могутъ быть на продолжительное время обращены на иное назначеніе, уклоняющее ихъ отъ непосредственнаго служенія цѣлямъ желѣзнодорожнаго дѣла. Если цѣль желѣзнодорожнаго дѣла налагаетъ извѣстныя ограниченія на пользованіе компаніей принадлежащей ей собственностью недвижимой и движимой, то эта же самая цѣль, по своей исключительности, даетъ основаніе къ возникновенію особой собственности компаніи на ея желѣзнодорожное имущество движимое и недвижимое, и не ограничеваетъ ее простымъ правомъ на путь (right of way), какъ это можно думать относительно обыкновенныхъ государственныхъ дорогъ (highway) [2]).

Гражданское право Сѣверо Американскихъ Штатовъ признаетъ, что собственность, пріобрѣтенная частной корпораціей, хотя бы здѣсь имѣло мѣсто право на путь или зависимое владѣніе, является въ значеніи „*частной собственности*“ [3]). Государство, по праву верховной собственности (eminent domain), имѣетъ право занятія частныхъ имуществъ для общественной пользы, предоставляя за нихъ справедливое вознагражденіе, чтобы принудительное занятіе не стало простой „конфискаціей“. Верховное право собственности, какъ принадлежность государственной власти, мо-

---

[1]) *Pierce*, eod. стр. 508 „a railroad corporation may let to other companies its rollingstock which may in its own business be temporarily superfluous.“

[2]) *Pierce*, eod стр. 159. Ср. также замѣчательный трудъ законодательный гентскаго профессора *Лорана* „Avant—projét de revision du code civil“ (Bruxelles 1882), къ которому приложено письмо великаго ученаго къ бельгійскому министру юстиціи, гдѣ онъ говоритъ: „une nouvelle propriété s'est formée, celle des voies concédées: le contrat de concession est mille fois plus important que le prêt de consommation, le prêt à usage et le depot, dont le code traite assez longement“. (Lettre a M. le Ministre de la justice § 5, page, IV).

[3]) *Pierce*, eod. стр. 192—3. „Property acquired by a corporation for a public use, whether its estate is an easement or a fee, *is private property*“.

жетъ быть передано отдѣльнымъ лицамъ, физическимъ и юридическимъ [1]).

Передача правоспособности занимать частную собственность для общественной пользы, вслѣдствіе послѣдней цѣли, относится къ функціямъ законодательнымъ [2]), что выражается въ формѣ выданной и принятой концессіи, предоставляющей концессіонеру, по личному къ нему довѣрію [3]), непередаваемое поэтому право верховной собственности. Переданная правоспособность осуществлять верховное право собственности предполагается существующей только тогда, когда примѣненіе ея требуется въ законодательномъ порядкѣ признанной общественной необходимостью [4]).

Вслѣдствіе того, что желѣзнодорожная компанія подлежитъ законному обязательству служить общественной потребности въ передвиженіи, почему она обязана, не оказывая никому предпочтенія, за однообразное и разумное вознагражденіе, перевозить пассажировъ и грузы,—государство имѣетъ основаніе проявить, по теоріи американскихъ юристовъ, держащихся ученія Гуго Гроція [5]) о dominium ominens, свое верховное право собственности и доставить имъ право на путь (right of way) [6]). Мы видѣли выше, что американское гражданское право относитъ установленное путемъ экспропріаціи право компаніи къ понятію о правѣ частной собственности, ограниченной въ своемъ назначеніи обязанностью служить желѣзнодорожному дѣлу. Таже цѣль имѣетъ опредѣляющее значеніе относительно правоспособности компаніи совершать договоры; поэтому желѣзнодорожная компанія пользуется подразумѣваемой правоспособностью, если она прямо не разрѣшена въ концессіи, совершать всѣ дѣйствія и заключать сдѣлки относительно сооруженія, содержанія и эксплоатаціи рельсоваго пути [7]). И такъ,

---

1) *Pierce*, eod стр. 144—5. „Delegation of the power“.

2) *Pierce*, eod стр. 142.

3) *Pierce*, eod. стр. 145. „It is conferred as a personal trust and confidence, and cannot be delegat.“

4) *Pierce*, eod. стр. 145 in fine, стр. 146 „Legislative discretion as to the Exercise of the Power for a Public Use.

5) *Gugo Gratius*, de jure belli ac pacis, lib. I, cap. 1, §§ 5—6 lib. II, cap. XIV, §§ 7—8. *Redfield*, law of railways, I cap. II. *Grünhut*, das Enteignungsrecht, стр. 36. пр. 4.

6) *Pierce*, eod. стр. 144.

7) *Pierce*, eod. стр. 449. „Power to make Contracts“.

слѣдовательно, договорная правоспособность компаніи предполагается въ тѣхъ предѣлахъ, которые соотвѣтствуютъ ея назначенію, здѣсь исключаются только такіе договоры, которые положительно запрещены закономъ [1]).

Относительно такихъ договоровъ, совершенныхъ частной компаніей, которые не противорѣчатъ требованіямъ общественнаго благоустройства и не запрещены непосредственно въ актѣ концессіи, но не соотвѣтствуютъ цѣлямъ, для осуществленія которыхъ учреждена компанія, возбуждается вопросъ: должно-ли поддерживать силу состоявшихся соглашеній или частныя кампанія могутъ принимать на себя обязательства по такимъ лишь договорамъ, которые совпадаютъ съ предначертанными для нея цѣлями? Рѣшеніе этого вопроса относительно правоспособности корпорацій совершать договоры въ теченіи послѣднихъ тридцати лѣтъ занимаетъ юристовъ Англіи и Сѣверо Американскихъ Штатовъ. Они создали новое ученіе, носящее техническое названіе „ultra vires", [2]) въ основаніи котораго легли для исковыхъ дѣла,— одно, разбиравшееся по справедливости (in equity) [3]),—другое,— по закону (at law) [4]), въ судахъ Англіи, первое въ 1846 году, а послѣднее въ 1851. Такимъ образомъ теорія „ultra vires" недавняго происхожденія; она не восходитъ далѣе 1846 года [5]) и развилась преимущественно относительно желѣзнодорожныхъ компаній [6]). въ Англіи и Сѣверо Американскихъ Штатовъ, но привела юристовъ двухъ названныхъ странъ къ неодинаковымъ выводамъ относительно силы и значенія договоровъ, заключенныхъ компаніями, выходящихъ за предначертанныя имъ въ концессіи цѣли. Юристы Сѣверо Американскихъ Штатовъ склоняются въ пользу допущенія охраны и защиты договоровъ, правильно составленныхъ компаніями; наоборотъ по господствующему воззрѣнію въ Англіи компаніи должны быть ограничены непосред-

---

1) *Pierce*, eod. стр. 500—1.

2) *Seward Brice*, a treatise on the doctrine of ultra vires, London 1874.

3) *Seward Brice*, eod. Preface.

4) *Seward Brice*, eod. Preface.

5) *Seward Brice*, eod. стр. VII, „The doctrine of Ultra Vires is of modern growth".

6) *Pierce*, eod. стр. 521. „The doctrine of Ultra Vires in England... the power of corporations, *particularly railway corporations*, to make contracts".

ственно начертаннымъ ими кругомъ дѣятельности и не могутъ совершать такихъ договоровъ, которые выходятъ за предѣлы преслѣдуемыхъ ими цѣлей.

Изслѣдователи теоріи „ultra vires" излагаютъ тѣ два судебныхъ дѣла, которыя послужили основаніемъ для созданія новаго ученія въ правѣ гражданскомъ. Въ одномъ изъ нихъ на основаніи просьбы акціонера постановлено рѣшеніе ограничить желѣзнодорожную компанію въ совершеніи ею договора съ примыкающею къ рельсовому пути пароходной компаніей относительно гарантіи въ пользу послѣдней опредѣленнаго дивиденда. Англійскій судъ мотивировалъ свое рѣшеніе слѣдующимъ образомъ: „правоспособность, предоставляемая актомъ парламента, не идетъ далѣе положительно въ актѣ указаннаго, или того, что необходимо и непосредственно требуется для осуществленія предпріятія и сооруженій, санкціонированныхъ въ актѣ" [1]). Поэтому, продолжаетъ судъ, желѣзнодорожная корпорація не можетъ вступать въ различныя сдѣлки и договоры, не помѣщенные въ ея концессіи, разсчитывая на ожидаемый доходъ [2]). Такимъ образомъ заключенный компаніей договоръ опровергается по просьбѣ одного изъ акціонеровъ на томъ основаніи, что соглашеніе о гарантіи желѣзнодорожной компаніей дохода въ пользу пароходной компаніи выходитъ за непосредственно опредѣленпыя въ уставѣ первой корпораціи цѣли, ею осуществляемыя. Теорія „ultra vires", примѣняемая къ подобному договору, даетъ право акціонеру удержать отвлеченіе акціонернаго капитала отъ непосредственнаго его назначенія.

Другой случай, приводимый въ литературѣ по теоріи объ „ultra vires", состоитъ въ томъ, что образовалось между двумя желѣзнодорожными компаніями соглашеніе, въ силу котораго одна изъ нихъ принимала въ арендное содержаніе линію другой съ тѣмъ, чтобы на арендную плату можно было продлить рельсовый путь

---

[1]) *Pierce*, eod. стр. 523 „the powers which are given by an act of Parliament extend no farther than is expressly stated in the act, or is necessarily and properly required for carrying into effect the undertaking and works which the act has expressly sanctioned".

[2]) *Pierce*, eod. стр. 523—4 „the corpotation cannot, with a vien to expected profits, enter on other and different trades and transactions not pointed out by ist act, as the one proposed was held to be, even with the assent of all the shareholders".

послѣдней и покрыть значительные расходы на парламентскій частный билль, дозволяющій его сооруженіе. Судъ призналъ незаконнымъ искъ объ издержкахъ на основаніи составленнаго договора. [1]). Рѣшеніе суда основано на томъ принципѣ, что желѣзнодорожная карпорація имѣетъ лишь ограниченную правоспособность, опредѣленную цѣлями сооруженія и содержанія желѣзной дороги; поэтому договоръ, относящійся къ парламентскому биллю, выходитъ за ея сферу,—почему недѣйствителенъ [2]).

Изъ приведенныхъ двухъ судебныхъ дѣлъ, положившихъ начало теоріи ultra vires, мы можемъ вывести опредѣленіе понятія объ новомъ основаніи для опроверженія компаніями совершенныхъ договоровъ. „Когда говорятъ объ ultra vires относительно компаній, то имѣютъ въ виду одно изъ двухъ: или что нельзя подчинить ей всѣхъ акціонеровъ, или ultra vires имѣетъ то значеніе, что законодательство, разрѣшивъ сооруженіе желѣзной дороги, не даетъ на этомъ основаніи права открыть другое учрежденіе, напр. трактира“ [3]). „Ultra vires“ употребляется еще въ иномъ смыслѣ, служа обозначеніемъ того, что превышаетъ исполнительную власть компаніи [4]). Наконецъ четвертое значеніе „ultra vires“ у *Севарда Брайса* состоитъ въ томъ, что сюда относится все стоящее внѣ правоспособности частной корпораціи [5]). Съ этимъ послѣднимъ опредѣленіемъ понятія ultra vires соглашается американскій писатель Пирсъ, который говоритъ, что сюда относятся дѣйствія, выходящія за предѣлы явной или подразумѣваемой правоспособности компаніи, но не имѣющія значенія незаконныхъ по иному основанію [6]).

---

[1]) *Pierce*, eod. стр. 524 „an action to recover the expenses held to be illegal and void“.

[2]) *Pierce*, eod. стр. 524. „The principle of the decision was that the corporation had only a limited authority for the purpose of making and maintaining the railway sanctioned by the act, and the contract relating to the parlamentary bills was not within its scope and was therefore void“.

[3]) *Seward Brice*, doctrine of ultra vires, стр. 34.

[4]) *S. Brice*, eod. стр. 36 „Ultra Vires... what is beyond the powers of the executive part of a corporation“.

[5]) *S. Brice*, eod. стр. 37. „The term Ultra Vires is used even in a fourth sense, as denoting what is outside the powers, not of a particular corporation, but of every corporation“.

[6]) *Pierce*, eod. стр. 516. „Meaning of the Term Ultra vires“.

Въ противоположность англійскому праву, допускающему широкое примѣненіе теоріи „ultra vires“ въ гражданскихъ дѣлахъ по обязательствамъ, возникшимъ изъ договоровъ компаній, заключенныхъ съ превышеніемъ предоставленной имъ власти, право Сѣверо-Американскихъ Штатовъ стремится сохранить силу состоявшихся соглашеній. Нѣтъ надобности, говоритъ Пирсъ, поощрять равнодушіе къ обязательствамъ, допуская защиту чрезъ „ultra vires“, потому что государство своимъ уголовнымъ законодательствомъ можетъ удержать корпорацію въ указанной ей сферѣ дѣятельности [1]). Судебная практика Сѣверо-Американскихъ Штатовъ склоняется къ тому, чтобы разсматривать корпораціи, какъ „лица съ неограниченной правоспособностью“ [2]), и если физическому лицу не дозволено уклоняться отъ своихъ договоровъ, исключая тѣхъ случаевъ, когда договоръ запрещенъ закономъ или составленъ въ нарушеніе правилъ общественнаго благоустройства, то нѣтъ основанія держаться другаго начала относительно договоровъ, совершаемыхъ компаніями [3]).

Причину широкаго примѣненія относительно договоровъ, заключенныхъ частными компаніями, теоріи „ultra vires“ т. е. опроверженіе ими составленныхъ обязательствъ на томъ основаніи, что послѣднія имѣютъ значеніе „свыше мѣры“ дозволенныхъ компаніямъ договоровъ,— Пирсъ видитъ въ томъ состояніи объективнаго права для частныхъ компаній, гдѣ ихъ правоспособность точно опредѣлена и рѣзко отдѣлена отъ общегражданской правоспособности лицъ естественныхъ [4]). Законодательство Англіи представляетъ относительно опредѣленія правоспособности частныхъ желѣзнодорожныхъ компаній ту особенность, что оно создало самостоятельное статутарное для нихъ право, гдѣ точно опредѣлены тѣ предѣлы, въ которыхъ компаніи могутъ проявлять свою юридическую дѣятельность, за которыми наступаетъ для нихъ область „ultra vires“, т. е. дѣйствія, превышающія дозволеннное имъ въ статутахъ. Поэтому правоспособность желѣзнодорожныхъ компаній въ Англіи „статутарная“, опредѣленная спеціальными для нихъ существующими источниками права, по-

---

1) *Pierce*, eod. стр. 519 in fine.

2) *Pierce*, eod. стр. 519 „a complete personality“.

3) *Pierce*, eod. стр. 519.

4) *Pierce*, eod. стр. 525.

лагающими рѣзкую грань между ихъ правоспособностью и правоспособностью частныхъ лицъ вообще [1]).

Чтобы дать понятіе о статутарномъ желѣзнодорожномъ правѣ въ Англіи мы укажемъ здѣсь главнѣйшіе статуты, относящіеся до опредѣленія положенія въ правѣ желѣзнодорожныхъ компаній. Въ развитіи желѣзнодорожнаго права Англіи опредѣляющее значеніе имѣютъ три „сводныхъ акта", изданныхъ въ 1845 году; первый изъ нихъ носитъ названіе „сводного акта относительно компаній" [2]), второй—„сводный поземельный актъ [3]) и третій—„сводный" желѣзнодорожный актъ [4]). Вслѣдъ за этими тремя „сводными актами", опредѣляющими правоспособность и вещное право желѣзнодорожныхъ компаній, въ 1854 году издается парламентскій актъ, регулирующій обязательственныя отношенія паровозныхъ компаній, возникающія при эксплоатаціи ими рельсовыхъ путей относительно перевозки пассажировъ и грузовъ [5]).

Съ цѣлью объединенія законодательства относительно рельсовыхъ путей въ Англіи, Шотландіи и Ирландіи издается въ 1863 году новый „сводный желѣзнодорожный актъ" [6]), содержащій постановленія, во-первыхъ, относительно сооруженія рельсовыхъ путей; [7]) во-вторыхъ, для давности по взысканіямъ убытковъ, причиняемыхъ проведеніемъ линіи [8]); въ-четвертыхъ, о соглашеніяхъ

---

[1]) Въ Англіи постоянно издаются сборники „законовъ для желѣзнодорожныхъ компаній". Сюда мы относимъ труды *Шельфорда* (Shelford, law of railways, 4 ed. by Glen, 2 vls. London, 1869) и новѣйшій сборникъ Брауна и Теобальда (Browne and Theobald, the law of railway companies, London 1881). *Шельфордъ* излагаетъ текстъ желѣзнодорожныхъ статутовъ, распредѣляя ихъ по содержанію, *Браунъ и Теобальдъ* держатся хронологическаго порядка изданія статутовъ.

[2]) The companies clauses consolidation act, 8-th may 1845, (8 Vict. c. 16) состоитъ изъ 165 статей и семи приложеній. Ср. Brawn and Theobald, eod· стр. 61—132.

[3]) The lands clauses consolidation act, 8-th may 1845, (8. Vict. cap. 18) содержитъ 153 статьи и три приложенія. Ср. Brawn and Theobald, eod стр. 133—247.

[4]) The railways clauses consolidation act, 8-th may 1845 (8. Vict. cap. 20) содержитъ 165 ст. Ср. Brawn and Theobald, стр. 248—336.

[5]) The railway and canal trafic act, 10-th Iuly 1854, (17—18 Vict. cap. 31) Ср. Brawn. and. Theobald, стр. 392—403.

[6]) The railways clauses act, 28-th Iuly 1863 (26—27 Vict. cap. 92).

[7]) Eod. Part I, relating to construction of a railway, ст. 3—19.

[8]) Eod. Part II, Extension of time, ст. 20—21.

между нѣсколькими желѣзнодорожными компаніями [1]); въ пятыхъ, относительно дозволенія желѣзнодорожнымъ компаніямъ содержать пароходное сообщеніе [2]) и наконецъ—постановленіе о „*сліяніи*“ нѣсколькихъ компаній [3]).

Точное и строгое ограниченіе предѣловъ правоспособности желѣзнодорожныхъ компаній въ Англіи тѣми правами, которыя признаны за ними въ парламентскихъ актахъ, вызвало въ практическомъ примѣненіи затрудненіе, когда необходимость заставляла компанію совершать какое либо соглашеніе, а права на это по спеціальнымъ законамъ она не имѣла, то относительно такимъ образомъ совершеннаго договора наступала его недѣйствительность по началамъ „ultra vires“. Съ цѣлью облегчить для компаній возможность, не выходя изъ подъ контроля государственной власти, расширять свою правоспособность, въ 1864 году издается парламентскій актъ „о правоспособности желѣзнодорожныхъ компаній“ [4]), которыя могутъ обращаться въ „Board of Thade“ за „удостовѣреніемъ“ [5]) для совершенія договоровъ: 1) относительно содержанія и эксплоатаціи рельсоваго пути, опредѣленія размѣра тарифа, установленія общей или отдѣльной собственности на станціи и иныя сооруженія; 2) или когда желѣзнодорожная компанія желаетъ продлить время для продажи оставшейся у нея излишней земли; 3) когда компанія, получившая корпоративныя права на основаніи акта 1864 года „the railways construction facilities Act“, желаетъ сдѣлать дополнительный заемъ [6]). Отвѣтственность желѣзнодорожныхъ компаній по долговымъ обязательствамъ относительно облигаціонеровъ [7]), акціонеровъ [8]), экспропріированныхъ [9]) при занятіи земель для соору-

---

1) Eod. Part III, Working Agreements. ст. 22—29.

2) Eod. Part IV, Steam Vessels, ст. 30—35.

3) Eod. Part V, Amalgamation, ст. 36—55.

4) The railway companies powers act 29-th Iuly 1864 (27—28 Vict. c. 120).

5) Eod. ст. 4. „The company, if desirons to obtain a certificate under this Act, shall proceed as follows; namely, they shall apply to the Board of Trade to a certificate“.

6) Eod. ст. 3.

7) The railway companies act, 20-th august 1867 (30—31 Vict. c. 127) ст. 23—26 „loan capital“.

8) Eod. ст. 27—30 „Share Capital“.

9) Eod. ст. 31—36 „Abandonmeut, Purchase of Lands“.

женія рельсоваго пути опредѣлена въ „желѣзнодорожномъ парламентскомъ актѣ 1867 г.“ [1]). Наконецъ въ 1873 году вводятся „желѣзнодорожные коммиссары“ актомъ относительно „надзора за желѣзными дорогами“ [2]).

Изъ сдѣланнаго очерка источниковъ англійскаго желѣзнодорожнаго права выясняется та строгая опредѣленность въ спеціальныхъ парламентскихъ актахъ, которая дается относнтельно гражданской правоспособности желѣзнодорожныхъ компаній, каждое дѣйствіе которыхъ предусмотрѣно въ особыхъ статутахъ, или дозволяется особымъ „удостовѣреніемъ“, выдаваемымъ изъ „Board of Trade“. Все сдѣланное въ несоотвѣтствіе съ такимъ образомъ распредѣленной и нормированной правоспособностью компаній составляетъ „ultra vires“. Теорія „ultra vires“ могла возникнуть только при такомъ состояніи источниковъ объективнаго права относительно желѣзнодорожныхъ компаній, которое мы видимъ въ Англіи, гдѣ правоспособность ихъ точно узаконена и превышеніе ея создаетъ уклоненіе, которое не оказываетъ дѣйствія въ правѣ.

Другой точки зрѣнія держится право Сѣверо-Американскихъ Штатовъ.

Въ Соединенныхъ Штатахъ, говоритъ Пирсъ [3]), корпораціи вообще имѣютъ подразумѣваемую правоспособность совершать торговыя обязательства, составляемыя съ законными цѣлями. Наоборотъ въ Англіи правоспособность корпораціи выводится изъ статутарныхъ правилъ или она допускается, какъ необходимое дополненіе къ тому роду дѣлъ, которыя ведетъ корпорація. Теорія объ ultra vires получаетъ въ Англіи широкое примѣненіе вслѣдствіе того, что акціонеры имѣютъ право требовать уничтоженія договоровъ совершенныхъ въ виду такихъ цѣлей, которыя обращаютъ капиталъ корпораціи къ недозволенному имъ пользованію. Но даже и въ этихъ случаяхъ ultra vires, говоритъ неблагосклонно относящійся къ этому институту англійскаго права американскій писатель Пирсъ, договоры въ судахъ англійскихъ уничтожаются не на его основаніи, но по соображеніямъ о неточности

---

1) The railway companies act, 20-th august 1867 (30—31 Vict. c. 127).
2) The regulation of railways act. 21-st Iuly 1873 (36—37 Vict. c. 48).
3) *Pierce*, eod. стр. 526. § 3.

договора, о неопредѣленности его выраженій или по другимъ основаніямъ, стоящимъ внѣ ученія объ „ultra vires“ [1]).

Къ типу американскаго права въ этомъ отношеніи можетъ быть отнесено дѣйствующее въ Германіи желѣзнодорожное право.

Его источники составляютъ, во-первыхъ, относительно права экспропріаціи—прусскій законъ отъ 11-го іюня 1874 года ст. 23; во-вторыхъ договоръ перевозки по желѣзнымъ дорогамъ опредѣленъ въ титулѣ 5, книга 4 германскаго торговаго уложенія и въ регламентѣ для эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ въ Германіи отъ 11-го мая 1874 года [2]).

Постановленія торговаго уложенія Германіи, опредѣляющія отношенія между желѣзной дорогой и отправителями клади, комментированы Ганомъ [3]), Пухельтомъ [4]) и другими; договоръ перевозки по рельсовымъ путямъ разработанъ въ отдѣльной монографіи извѣстнымъ гетингенскимъ профессоромъ Генрихомъ Тэлемъ [5]). Ни одинъ изъ названныхъ писателей не упоминаетъ объ институтѣ „ultra vires“ при договорныхъ обстоятельствахъ, совершенныхъ компаніей въ нарушеніе ихъ правоспособности. Что касается „регламента для эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ отъ 11 мая 1874“ съ позднѣйшими его измѣненіями, то значеніе его въ правѣ гражданскомъ выяснено въ рѣшеніи бывшаго высшаго торговаго суда въ Лейпцигѣ [6]), вошедшаго со времени введенія въ дѣйствіе новыхъ „Justiz Gesetze“ для Германіи, т. е. съ конца 1879 года [7]) въ составъ „Reichsgericht“ [8]).

---

[1]) *Pierce*, eod. стр. 528 „or some other points, aside from the doctrine of ultra vires.

[2]) Регламентъ для эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ въ Германіи измѣненъ „постановленіемъ союзнаго совѣта (Beschlus des Bundesraths vom 25 März 1878, ср. Centralblatt für das deutsche Reich, 1878 стр. 238) относительно образца для фрахтовой записи отъ 25 Марта 1878 года и „объявленіемъ относительно измѣненія правилъ для движенія на германскихъ желѣзныхъ дорогахъ“ отъ 13 іюня 1880. (Ср. Centralblatt f. d. d. Reich, 1880-й № 25, Deutscher Reichs Anzeiger, 1880. № 114).

[3]) *v. Hahn*, Kommentar zum Allgem. Deutschen Handelsgesetrbuch, Bd. II. 3 Aufl. 1879.

[4]) *Puchelt*, Kommentar zum Allgem. Deutsch. Handelsgesetsbuch, 2 Aufl. 1876

[5]) *H. Thöl*, das Handelsrecht. Bd. III. das Frachtgewerbe.

[6]) Ср. Entscheidungen d. R. O. H. G. Bd. XIX, стр. 184—7.

[7]) *Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetze*, § 1. „Das Gerichtverfassungsgesetz tritt.... spätestens am 1 Oktober 1879.... in Kraft“.

[8]) Gerichtsverfassungsgesetz, § 125—141.

Въ цитируемомъ нами рѣшеніи высшаго торговаго суда въ Германіи опредѣляется значеніе „регламента для эксплоатаціи отъ 11-го мая 1874 года“ въ смыслѣ источника права. „Конечно въ регламентѣ заключаются многочисленныя положенія, которыя относятся къ совершенію и дѣйствію договора перевозки при желѣзнодорожномъ движеніи, отчасти повторяющія постановленія торговаго уложенія, отчасти содержащія дополненія къ нему, или, уклоненія отъ закона въ предѣлахъ, допущенныхъ по торговому уложенію. Такія положенія имѣютъ для желѣзнодорожныхъ управленій значеніе только „административныхъ предписаній“ (Verwaltungsvorschriften). Хотя постановленія регламента для эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ, продолжаетъ далѣе свои соображенія высшій торговый судъ въ Лейпцигѣ, содержатъ только предписанія для желѣзнодорожныхъ управленій, которымъ здѣсь дается указаніе, какая перевозка можетъ быть ими принята, какъ согласная съ регламентомъ и какая перевозка должна быть отвергнута, какъ противная регламенту (ст. 422 H. G. B.). Тѣмъ не менѣе постановленія регламента имѣютъ значеніе нормъ для гражданскихъ правоотношеній, вытекающихъ изъ договора перевозки, потому что договоръ перевозки совершается отправителемъ и желѣзнодорожнымъ правленіемъ согласно съ регламентомъ. Вслѣдствіе того, что отправитель передаетъ кладь съ объявленіемъ, заключеннымъ въ фрахтовой записи, напечатанной по установленной формѣ, поэтому онъ считается отправленнымъ „на основаніи содержащихся въ регламентѣ ему извѣстныхъ правилъ, которыя примѣняются относительно извѣстной отправки“. Такъ какъ желѣзнодорожное правленіе принимаетъ грузъ согласно съ объявленіемъ отправителя, то постановленія регламента образуютъ составную часть договора перевозки. Поэтому постановленія регламента объ эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ въ Германіи примѣняются не на основаніи законодательной власти, но въ силу воли лицъ, совершающихъ договоръ, и слѣдовательно они примѣняются не какъ нормы права, но какъ договорныя постановленія. Поэтому разъясненіе значенія регламента сводится къ раскрытію воли договаривающихся сторонъ, участвовавшихъ при заключеніи договора, потому что слѣдуетъ принять, что онѣ подчинялись правильно понятымъ положеніямъ устава“.

Регламентъ для эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ въ Германіи не имѣетъ значеніе закона, опредѣляющаго гражданскія правоотношенія, вытекающія изъ договора перевозки. Регламентъ для эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ не можетъ считаться закономъ, потому что онъ изданъ безъ участія рейхстага. Это признано въ „мотивахъ" къ составленному въ 1874 году проекту имперскаго желѣзнодорожнаго закона, гдѣ говорится, что нынѣ дѣйствующій регламентъ для эксплоатаціи отъ 11-го мая 1874 года [1]) не всегда могъ оказать содѣйствіе основательнымъ сѣтованіямъ торговаго сословія, вслѣдствіе того положенія, въ которомъ находится торговое законодательство относительно договора перевозки. Здѣсь гораздо нужнѣе былъ бы пересмотръ этого *законодательства.*

Германская судебная практика относитъ положенія желѣзнодорожнаго регламента къ „договорнымъ нормамъ", подчиняющимся свободному истолкованію на судѣ [2]). Поэтому неправильное или ограничительное толкованіе регламента или договоровъ не имѣютъ значенія нарушенія основаній права или допущеннаго противорѣчія документамъ [3]). Вслѣдствіе этого неправильное изъясненіе и примѣненіе судомъ желѣзнодорожнаго регламента не служитъ основаніемъ для просьбы объ отмѣнѣ рѣшенія [4]).

Въ Германіи постановленія желѣзнодорожнаго регламента не имѣетъ значеніе парламентскихъ актовъ въ Англіи, опредѣляю-

---

[1]) Рѣшеніе высшаго торговаго суда, изъ котораго мы дѣлаемъ выдержки въ текстѣ помѣщено въ Entscheidungen des ROHG. Bd. XIX стр. 184—7. Оно дѣлаетъ ссылку на Reichs-Gesetzblatt, стр. 84 относительно регламента отъ 11-го мая 1874 года, но здѣсь текстъ регламента не напечатанъ, онъ лишь названъ. Регламентъ же помѣщенъ въ Central-Blatt für das deutsche Reich, herausgegeben v. Reichskanzleramt.

[2]) Entscheidungen d. Reichsob-Hand.-Ger. Bd. VIII. стр. 26—28, дѣло Берлинско-Ангальтской желѣзной дороги съ Левинъ и Фрей, рѣшеніе высшаго торговаго суда отъ 12 ноября 1872 года содержитъ слѣдующее положеніе: „die Auslegung von Eisenbahnreglements wie von anderweiligen Vertrogsnormen der freien richterlichen Beurtheilung anheimfällt".

[3]) Eod. „Unrichtige und bez. restrictive Interpretation von Reglements und Verträgen weder Verletznng von Rechtsgrundsätzen noch Aktenwidrichkeit...".

[4]) Eod. Bd. VIII. стр. 28 рѣшеніе высшаго торговаго суда отъ 30 ноября 1872 года по дѣлу Генкели и Бергишъ-Меркишской желѣзной дороги признаетъ: „Unrichtige Auslegung und Anwendung des Eisenbahn-Betriebs Reglement kein Nichtigkeitsgrund".

щихъ предѣлы правоспособности желѣзнодорожныхъ компаній, но они получаютъ силу и дѣйствіе какъ „составныя части" договорныхъ соглашеній, совершаемыхъ компаніей и частными лицами. Поэтому въ германскомъ правѣ возникло ученіе объ „освободительныхъ соглашеніяхъ" [1]) вмѣсто теоріи „ultra vires" англійскаго права [2]).

Генрихъ Тэль даетъ слѣдующую характеристику, для значенія въ правѣ, германскаго желѣзнодорожнаго регламента отъ 11-го мая 1874 года.

„Дѣйствительность германскаго регламента объ эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ отъ 11-го мая 1874 года подлежитъ повѣркѣ съ закономъ, въ особенности съ имперскимъ, а слѣдовательно съ торговымъ общимъ уложеніемъ. Такая повѣрка приводитъ къ заключенію, что регламентъ содержитъ постановленія, которыя рѣшительно недѣйствительны на основаніи торговаго уложенія. Этого рода правила — недѣйствительны, не смотря на то, что они исходятъ отъ союзнаго совѣта; на этомъ основаніи договоръ перевозки, который дѣлаетъ ссылку на этого рода постановленія регламента, не смотря на свое соотвѣтствіе съ регламентомъ,— недѣйствителенъ или вполнѣ, или въ предѣлахъ такихъ постановленій регламента" [3]). Вслѣдствіе того, что „желѣзнодорожный регламентъ" не имѣетъ значенія закона, то стороны имъ руководствуются по взаимному между собою соглашенію, поэтому „содержаніе регламента принимается по договору" [4]).

Постановленія желѣзнодорожнаго регламента въ Германіи отъ 11-го мая 1874 года, чтобы имѣть дѣйствительное значеніе, должны, во-первыхъ, быть согласны съ опредѣленіями закона [5]) и, во-вторыхъ — основываться на согласіи, на договорѣ сторонъ [6]). Поэтому совершеніе желѣзнодорожной компаніей такого договора, который будетъ противорѣчить желѣзнодорожному регламенту

[1]) *H. Thöl*, das Handelsrecht, Bd. III, das Frachtgewerbe §§ 47, 78—96 и стр 424—431 HGB.

[2]) *Seward Brice*, a treatise on the doctrine of ultra vires, London, 1874.

[3]) *H. Thöl*, eod. § 49, стр. 90.

[4]) *H. Thöl*, eod. стр. 92. „Somit ist immer der Inhalt der Reglements vereinbart".

[5]) *H. Thöl*, eod. стр. 90.

[6]) *H. Thöl*, eod.

нарушаетъ не специальный железнодорожный законъ, въ значенiи котораго регламентъ объ эксплоатацiи рельсовыхъ путей въ Германiи не признается, но общее право гражданское. Слѣдовательно въ германскомъ желѣзнодорожномъ правѣ не можетъ имѣть мѣста институтъ исключительно англiйскаго права „ultra vires“. возникающiй, какъ говоритъ Пирсъ [1]), изъ такого состоянiя источниковъ желѣзнодорожнаго права, которые опредѣляютъ предѣлы правоспособности частныхъ желѣзнодорожныхъ корпорацiй, нарушенiе которыхъ ограждено особымъ средствомъ судебной защиты „ultra vires“.

Продолжая далѣе наше сравнительно-законодательное изслѣдованiе, мы обратимся къ разсмотрѣнiю характера источниковъ желѣзнодорожнаго права во Францiи, не допускаютъ-ли они возможности уничтоженiя договоровъ, совершаемыхъ желѣзнодорожными компанiями съ нарушенiемъ специально предоставленной имъ правоспособности?

Для обозрѣнiя юридическаго матерiала, входящаго въ составъ источниковъ желѣзнодорожнаго права во Францiи, мы обратимся къ классическому труду по этой отрасли правовѣдѣнiя, къ изслѣдованiю *Пала*, (G. Palaa), составленному въ видѣ специальнаго лексикона для законодательства и регламентовъ желѣзнодорожныхъ [2]).

Источники дѣйствующаго желѣзнодорожнаго права во Францiи распадаются на четыре разряда: во-первыхъ, сюда относятся законы (lois), во-вторыхъ,—ордоннансы, въ-третьихъ,—регламенты и въ-четвертыхъ, тетради ограниченiй (cahier de charges).

I. Пала исчисляетъ тѣ *законы* [3]), которые относятся къ источникамъ желѣзнодорожнаго права. Сюда онъ прежде всего причисляетъ законы [4]), примѣняемые къ эсплоатацiи желѣзныхъ дорогъ и перечисляетъ ихъ въ хронологическомъ порядкѣ.

[1]) *Pierce*, a treatise on the law of railroads, стр. 525. „The English system of railway law differs from our own in the minute details of statutes containing much that is left to the common law in this country“.

[2]) *Palaa*, Dictionnaire legislatif et réglementaire des chemins de fer, 2-me ed. Paris, 1872,—громадный томъ содержащiй 1124 страницы убористо напечатаннаго текста.

[3]) *Palaa*, eod. sub v-o „lois“ стр. 671—674.

[4]) *Palaa*, eod. стр. 671. sub v-o „lois“ § 1 „Principales lois, applicables au service des chemin de fer“.

1. *Законъ 28 плувіоза годъ VIII* (17-е февраля 1800) опредѣляетъ, что вѣдомство администраціи подчиняетъ совѣту префектуры разрѣшеніе затрудненій, которыя могутъ возникнуть относительно государственныхъ путей сообщенія. „Le conseil de prèfecture prononcera.... sur les difficultés qui pourront s'èlever en matière de grande voirie“ [1]).

2. Законъ 29 флореаля годъ X (19-е мая 1802) подчиняетъ вѣдомству административныхъ трибуналовъ нѣкоторые проступки относительно государственныхъ путей какъ-то: завладѣніе, складъ вещей и всякій вредъ, совершаемыхъ относительно государственныхъ путей, окаймляющихъ ихъ деревьевъ, рвовъ, искусственныхъ сооруженій и матеріаловъ, назначенныхъ для ихъ поддержанія. Всѣ такіе право нарушенія преслѣдуются и пресѣкаются въ порядкѣ административномъ [2]). Относительно желѣзныхъ дорогъ агенты путей сообщенія и горнаго департамента обязаны исключительно раскрывать нарушенія, совершенныя относительно рельсовыхъ путей, въ особенности же самимъ концессіонеромъ [3]).

3. *Законъ 16-го сентября 1807* содержитъ въ титулѣ IX опредѣленіе вознагражденія въ пользу собственника за занятыя у него земли. Здѣсь обращаетъ на себя вниманіе ст. 54, узаконяющая зачетъ вздорожанія оставшейся у собственника земля (plus-value) съ вознагражденіемъ, которое ему слѣдуетъ на основаніи принудительнаго лишенія его правъ собственности. Только разница между вздорожаніемъ и вознагражденіемъ подлежитъ уплатѣ собственнику экспропріированному или должна быть имъ погашена [4]).

---

[1]) Loi du 28 pluviose, an VIII, titre II, art. 4. alinéa 4.

[2]) Loi du 29 floreal an X (19 mai 1802) art. 1: „les contraventions en matière de grande voirie, telle qu'anticipatious, dépôts de fumiers ou d'autres objets, et toutes espèces de deteriorations commises sur les grandes routes, sur les arbres qui les bordent, sur les fossés, ouvrages d'art et matériaux destinés à leur entretien... seront constateés, reprimées et poursuivies par voie administrative“.

[3]) Loi sur la police des chemins de fer, 15 juillet 1845, art. II.

[4]) Loi du 16 seplembre 1807, titre XI des indemnités aux propriétaires pour occupation de terrains, art 54: „Lorsqu'il y aura lieu en même temps à payer une indemnité à un proprietaire pour terrains occupés, et à recevoir de lui une plus-value pour des avantages acquis à ses propriétés restantes, il y aura conpemsation jusqu'a concurrence; et le surplus seulement, selon les resultats, sera payé au propriétaire ou acquité par lui“

4. Законъ 21-го апрѣля 1810 года относительно рудниковъ и каменоломень примѣняется въ силу ст. 3. п. 6 закона къ отношеніямъ, возникающимъ между владѣльцами рудниковъ и желѣзнодорожными компаніями. При столкновеніи двухъ концессіонныхъ правъ, права на рудникъ и права на желѣзную дорогу, преимущество остается за послѣдней. Администрація имѣетъ право предписать мѣры и работы, необходимыя для того, чтобы обѣ соприкасающіяся эксплоатаціи не вредили другъ другу. Она можетъ даже въ крайнемъ случаѣ запретить эксплоатацію рудника, если отъ нея грозитъ опасность для движенія по желѣзной дорогѣ [1]).

5. Законъ объ экспропріаціи 3-го мая 1841 [2]).

6. Законъ 11-го іюня 1842 вводитъ смѣшанную систему для сооруженія рельсовыхъ путей во Франціи. Государство принимаетъ на себя совершеніе земляныхъ работъ [3]); государству, города и общины, обязаны доставить нужныя для строющейся паровозной линіи земли [4]); на обязанности частной компаніи остается 1) содержаніе пути, 2) доставка подвижнаго состава, 3) ея отношеніе къ желѣзной дороги имѣетъ характеръ найма [5]). Законъ 11-го іюня 1842 имѣетъ то значеніе, что онъ является первымъ звѣномъ въ дальнѣйшихъ постановленіяхъ относительно рельсовыхъ путей [6]).

7. Законъ 15-го іюля 1845 года о полиціи на желѣзныхъ дорогахъ объявляетъ рельсовые пути во Франціи государственными. Art. 1 закона 15 іюля 1845 г. содержитъ основное положеніе французскаго желѣзнодорожнаго права: „les chemins de fer construits ou concédés par l'Etat font partie *de la grande voirie*". Изслѣдователь юридическаго значенія концессіи во французскомъ

---

1) *Palaa*, dictionnaire des chenims de fer стр. 752 § 2. Travaux interdits: „l'administration peut même à la rigueur interdire l'exploitation de la mine, si cette exploitation présente quelque danger pour le service du chemin de fer".

2) *Palaa*, eod. sub v-o "Exproprіation" стр. 507—517.

3) Loi du 11 juin 1842, art. 5.

4) Eod. art. 3.

5) Eod. art. 6.

6) *Palaa*, eod. стр. 332. „Cette loi du 11 juin 1842, qui forme comme le premier anneau des dispositions successives relatives aux voies ferrées". Ср. *Dumay*, etude juridique sur les concessions de chemin de fer, Paris, 1878, стр. 32.

правѣ Дюмэ (Dumay) комментируетъ это положеніе закона 15-го іюля 1845 года и говоритъ, что съ того времени, когда концессіи стали ограничены срокомъ, тогда сдѣлалось очевидно, что государство желаетъ имѣть право собственности на рельсовые пути [1]).

8. Законъ 27-го февраля 1850 года вводитъ „коммисаровъ" для административнаго надзора за рельсовыми путями. [2]).

9. Законъ 13-го іюля 1865 года вводитъ во Франціи такъ называемое „мѣстные рельсовые пути", которые могутъ быть концедированы департаментами и общинами, поступая въ ихъ собственность [3]).

II. Рядомъ съ законами для образованія французскаго желѣзнодорожнаго права имѣютъ значеніе *ордонансы*, среди которыхъ наиболѣе значенія имѣетъ ордонансъ 15-го ноября 1846 года, содержащій правила относительно полиціи, безопасности и эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ [4]).

Значеніе закона 15-го іюля 1845 года и ордонанса 15-го ноября 1846 года для французскаго желѣзнодорожнаго права состоитъ въ томъ, что они создаютъ желѣзнодорожнымъ компаніямъ исключительное положеніе въ правѣ, основанное на началѣ ограниченія правоспособности ихъ. [5]). Изслѣдователь обязательственнаго права и отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ во Франціи,—*Поль Жакменъ* (Paul Jacqmin) приводитъ въ своемъ трудѣ мнѣніе французскаго юриста Боннэ (Bonnet), который находитъ, что законодатель долженъ воспрепятствовать тому, чтобы компаніи не сдѣлались „les souverains arbitres du commerce, soit en exerçant elle-mêmes, dans les conditions qui eussent rendu toute concurrence impossible, tel ou tel genre de commerce ou d'industrie autre que le transport, soit en fixant, à leur gré, le prix du transport, de façon à favoriser les uns au detriment des autres" [6]). Поэтому во Франціи желѣзнодорожные компаніи не имѣютъ

---

[1]) *Dumay*, eod. стр. 34.

[2]) *Palaa*, eod. стр. 671 § 1. и sub v-o „commissaires de surveillance administrative", стр. 310—318.

[3]) *Dumay*, eod. стр. 35.

[4]) *Palaa*, eod. стр. 778—788.

[5]) *Paul Jacqmin*, des obligations et de la rèsponsabilité des compagnies de chemins de fer, Paris, 1880, стр. 7.

[6]) *Paul Jacqmin*, eod. стр. 7—8. *Bonnet*, thèse de doctorat, Paris, 1878.

правоспособности заниматься торговлей и не могутъ по своему усмотрѣнію назначать тарифа [1]) для той сдѣлки, которая имъ только дозволена, т. е. для договора перевозки пассажировъ и грузовъ. Не только договорная правоспособность желѣзнодорожныхъ компаній находится въ зависимости отъ опредѣленій закона, но самый актъ концессіи тогда только дѣйствителенъ, когда онъ подкрѣпленъ закономъ [2]). Матеріальное основаніе вмѣшательствъ правительственной власти въ составленіе акта концессіи заключается въ томъ содѣйствіи, которое она оказываетъ при сооруженіи рельсовыхъ путей [3]). Въ противоположность обязательственнымъ отношеніямъ обыкновеннаго возчика, опредѣляемымъ составленнымъ имъ договоромъ, а не закономъ [4]), обязательства по перевозкѣ на желѣзныхъ дорогахъ установлены въ спеціальныхъ законахъ и ордонансахъ [5]). Изученіе обязательства возчика обыкновеннаго составляетъ дѣло „толкованія договора", говоритъ Поль Жакменъ, тогда какъ желѣзнодорожныя компаніи имѣютъ исключительное положеніе въ правѣ, созданное закономъ, и которое можно изслѣдовать [6]).

III. *Регламенты для желѣзнодорожныхъ компаній.* На основаніи ст. 9, закона 11 іюня 1842 года относительно сооруженія главныхъ желѣзнодорожныхъ линій во Франціи,—„административные регламенты опредѣляютъ необходимыя мѣры и приспособленія для обезпеченія полиціи, безопасности, пользованія и сохраненія желѣзныхъ дорогъ съ ихъ принадлежностями". Иниціатива административныхъ регламентовъ принадлежитъ самымъ желѣзно-

---

1) *Lanckmann*, les tarifs internationaux des chemins de fer § 1 объясняетъ значеніе слова „тарифъ" на основаніи его происхожденія изъ арабскаго языка, гдѣ оно употребляется въ смыслѣ „серіи" т. е. разряда. „Тарифъ" желѣзнодорожный составляется сообразно разрядамъ, серіямъ клади, пассажировъ, быстротѣ движенія, разстоянію.

2) *P. Jacqmin*, eod. стр. 9.

3) *P. Jacqmin*, eod. стр. 9—10.

4) Для обязательствъ обыкновеннаго возчика во Франціи имѣютъ значеніе слѣдующіе источники права: ст. 1782—86 code civil, ст. 96 и слѣд. code de commerce и законъ 25 марта 1817 года.

5) *P. Jacqmin,* eod. стр.

6) *P. Jacqmin,* eod. стр. 7. „il serait difficile de faire une étude serieuse des obligations du voiturier, car toutes ces questions ne pourraient être que des question d'interpretation de contrat.

дорожнымъ компаніямъ [1]). Утвержденные регламенты обязательны не только для компаніи, имѣющей концессію, но для всѣхъ тѣхъ, которыя впослѣдствіи получатъ дозволеніе соорудить вѣтви рельсоваго пути или продленіе его. Вслѣдствіе того, что каждая желѣзнодорожная компанія во Франціи имѣетъ право иниціативы для представленія своего проекта регламента движенія и эксплоатаціи рельсовыхъ путей, возникло значительное количество рознородныхъ регламентовъ, практическое примѣненіе которыхъ затруднено. На это ненормальное положеніе указываетъ „министерскій циркуляръ французскимъ желѣзнодорожнымъ компаніямъ, отъ 10-го августа 1864 года“ [2]). Французское желѣзнодорожное право не знаетъ общаго регламента для рельсовыхъ путей, подобно тому какъ это существуетъ въ Германіи [3]); неудобства, отъ этого происходящія, засвидѣтельствованы въ вышеприведенномъ министерскомъ циркулярѣ.

Значеніе въ правѣ отдѣльныхъ желѣзнодорожныхъ регламентовъ во Франціи опредѣляется на основаніи ст. 21 закона о полиціи на рельсовыхъ путяхъ отъ 15-го іюля 1845 года [4]), постановленіе которой, ограниченное министерскими регламентами, издаваемыми для приведенія въ исполненіе желѣзнодорожныхъ ордонансовъ, расширено въ ст. 69 и 70 ордананса 15-го ноября 1846 г. на всѣ распоряженія министерскія [5]). Это расширенное

---

[1]) *Cahier des charges*, art. 33 „la compagnie sera tenue de soumettre à l'approbation de l'administration les reglements relatifs au service et à l'exploitation du chemin de fer“, cp ст. 60 de l'ordonnance du 15 novembre 1846. „les compagnies devront soumettre à l'approbation du ministre des travaux publics leurs *reglements* relatifs au service et à l'exploitation des chemins de fer“.

[2]) *Palaa*, eod. стр. 921.

[3]) Das Betrieb-Reglements für die Eisenbahnen Deutschlands vom 11 maî 1874, измѣненный чрезъ Beschluss des Bundes-Rath von 25 März 1878 и Bekantmachung betreffend die Abënderungen des Betriebs-Reglements für die Eisenbahnen Dentschlands von 13 Iuni 1880.

[4]) Loi sur la police des chemins de fer, 11 juillet 1845, art 21 „Toute contravention aux ordonnances royales portant réglement d'administration publique sur la police, la sûreté et l'explotation du chemin de fer et aux arrêtés pris par les préfets, sous l'approbation du ministre des travaux publics, pour l'execution desdites ordonnances, sera punie d'une amende de 16 a 3000 francs“.

[5]) Ordonnance du 15 novembre 1846 portant reglement d'administration publique sur la police, la sûretré et l'exploitation des chemin de fer, art. 69. „Dans tous le cas ou le ministre des travaux publics devra statuer sur la proposition d'une compagnie, ...le ministre ponrra statuer directement“.

значеніе министерскихъ регламентовъ для желѣзныхъ дорогъ даетъ имъ положеніе самостоятельныхъ актовъ, имѣющихъ административный характеръ. Такое пониманіе французскихъ желѣзнодорожныхъ регламентовъ принято въ судебной практикѣ.

„La decision par laquelle le ministre des travaux publiques approuve le réglement des compagnies de chemin de fes, — est un reglement d'administration publique" [1]). Отсюда судъ дѣлаетъ тотъ выводъ, что министерскіе регламенты во Франціи въ случаѣ ихъ нарушенія влекутъ наказаніе штрафомъ по ст. 21 закона 15-го іюля 1845 года [2]).

Совершенно иное значеніе въ правѣ имѣетъ германскій желѣзнодорожный регламентъ 11-го мая 1874 года относимый судебной практикой не къ разряду „административныхъ", какъ это дѣлаютъ французскіе суды относительно министерскихъ регламентовъ во Франціи, но къ „договорнымъ нормамъ", изъясненіе которыхъ принадлежитъ свободному толкованію судовъ" [3]). Регламенты для желѣзныхъ дорогъ во Франціи имѣютъ значеніе „административныхъ актовъ", въ правѣ же германскомъ они содержатъ „договорныя постановленія" (Vertragsbestimmungen), какъ выражется рѣшеніе высшаго торговаго суда [4]).

IV. *Тетрадь ограниченій* (Cahier des charges). За исключеніемъ нѣсколькихъ маленькихъ желѣзныхъ дорогъ, не принимавшихъ участія въ соглашеніяхъ 1857, 1859 и 1863 годовъ, а также „мѣстныхъ линій", созданныхъ закономъ 12-го іюля 1865 г., во Франціи въ настоящее время имѣетъ дѣйствіе „общая форма тетради ограниченій" для желѣзнодорожныхъ концессій [5]).

„Тетрадь ограниченій" присоединяется къ акту концессіи и составляетъ съ нимъ одно цѣлое. Она служитъ основаніемъ для опредѣленія отношеній желѣзнодорожной компаніи, во-первыхъ, къ

---

1) *Palaa,* eod. стр. 922.

2) Cour de Rennes, 25 aout, 1864. Ср. *Palaa*, eod. стр. 922.

3) Entscheidungen d. ROHG. Bd. VIII. стр. 26—28, Bd. XIX, стр. 84—7.

4) Eod. Bd. XIX, стр. 184—7.

5) *Palaa*, eod. стр. 184 sub v—b „cahier des charges", гдѣ помѣщенъ in ectenzo текстъ „modèle général de cahier des chargues". Для мѣстныхъ линій въ 1865 году 17-го августа составлена особая „тетрадь ограниченій". Ср. *Palaa*, eod. стр. 265 — 272. *Duverdy*, transport par chemin de fer, *Jacqmin*, obligation des chemins de fer, стр. 10. *Bedarride*, des chemins de fer au point de vue du transport des voyageurs et des marchandises 2 vols, 1876.

администраціи и, во-вторыхъ, къ постороннимъ лицамъ. „Споры возникающіе между компаніей и администраціей относительно *выполненія и изъясненія* постановленій тетради ограниченій подлежатъ административному разбирательству въ совѣтѣ префектуры съ правомъ жалобы въ государственный совѣтъ“ [1]).

„Тетрадь ограниченій“ устанавливая относительно постороннихъ третьихъ лицъ исключительныя права и опредѣленныя обязанности, напр. на основаніи ст. 20 и 29 „тетради ограниченій“ компанія обязана обнести линію изгородью (bornage et cloture), въ ст. 10—13 опредѣлено какимъ образомъ рельсовый путь долженъ пересѣкать другія дороги. Отъ соблюденія этихъ предписаній находятся въ зависимости права и интересы постороннихъ лицъ. Поэтому судебная власть рѣшаетъ дѣла объ ущербахъ и убыткахъ, происходящихъ для третьихъ лицъ отъ несоблюденія постановленій „тетради ограниченій“ [2]).

Въ „тетради ограниченій“, присоединяемой къ „декрету о концессіи“, разрѣшающему желѣзнодорожной компаніи сооруженіе и эксплоатацію рельсоваго пути [3]), обращаетъ на себя вниманіе тотъ ея отдѣлъ, въ которомъ содержатся положенія о „тарифѣ и условіяхъ перевозки пассажировъ и грузовъ“ [4]).

„Тетрадь ограниченій“ даетъ только указанія тѣхъ *основаній*, по которымъ совершается исчисленіе стоимости провоза съ пассажира и единицы разстоянія пробѣга, съ единицы вѣса и единицы разстоянія для грузовъ, съ животныхъ и единицы разстоянія. Тарифъ, исчисленный въ „тетради ограниченій“, не предназначается для непосредственнаго практическаго примѣненія, это есть только „предѣльный тарифъ“, выше котораго желѣзнодорожная компанія не въ правѣ исчислять плату за свои услуги по перевозкѣ. На дѣлѣ каждая компанія выработываетъ свой тарифъ на основаніи тѣхъ данныхъ, которыя содержатся въ об-

---

[1]) *Cahier des charges*, art 69 „Les contestations qui s'éléveraient entre la compagnie et l'administration au sujet de l'execution et de l'interpretation des clauses du cahier des charges seront jugées administrativement par le conseil de la prefecture sauf recours au Conseil d'Etat“.

[2]) *Palaa*, eod. стр. 204—5.

[3]) Palaa, eod. стр. 356.

[4]) Cahier des charges, titre IV „taxes et conditions relatives au transport des voyageurs et des marchandises“, art 42—53.

щемъ тарифѣ, понижая провозную плату съ указаннаго здѣсь maximum'a.

Такимъ образомъ составленный тарифъ долженъ быть утвержденъ правительственной властью (homologation) [1]). Поэтому тарифъ желѣзнодорожной компаніи принадлежитъ къ актамъ административнымъ [2]). Не имѣя права разбирать акты, входящіе въ кругъ административныхъ распоряженій, судъ обязанъ принимать къ своему разсмотрѣнію всѣ споры, возникающіе на основаніи *примѣненія* тарифовъ. Въ этомъ отношеніи правила утвержденнаго тарифа и другія постановленія, содержащіяся въ „тетради ограниченій“ относительно интересовъ постороннихъ лицъ, напр. правила о безопасности и исправности при перевозкѣ,—имѣютъ одинаковое значеніе. Устанавливая эти правила, утверждая тарифъ, правительство совершаетъ съ желѣзнодорожной компаніей договоръ отъ имени третьихъ лицъ и всякая сторона, понесшая ущербъ отъ эксплоатаціи желѣзной дороги, можетъ судебнымъ порядкомъ требовать признанія и вознагражденія за понесенные убытки.

„Принимая во вниманіе, говоритъ судебное рѣшеніе, приводимое въ извѣстномъ юридическомъ сборникѣ *Даллоза* [3]), что судъ можетъ и обязанъ разсматривать, дѣйствуетъ ли компанія согласно съ законами, примѣняетъ ли она тотъ тарифъ, который она въ правѣ примѣнять;—вдаваясь въ такое изслѣдованіе, разсматривая факты, судъ не разбираетъ, не истолковываетъ, не оцѣниваетъ дѣйствительность или правильность административнаго акта, но онъ ограничивается изысканіемъ того не нарушила ли компанія тѣхъ законовъ и распоряженій, которые опредѣляютъ ея отношенія къ публикѣ, не нарушила ли эксплоатація дороги, имѣющая значеніе по преимуществу торговаго дѣйствія, интересовъ третьихъ лицъ“.

Законъ 15-го іюля 1845 года, ордананс 15-го ноября 1846 года, отдѣльные министерскіе регламенты, „тетрадь ограниченій“ устанавливаютъ между желѣзнодорожными компаніями и посторонними лицами правоотношенія, зависящія въ вытекающихъ

---

[1]) *Jacqmin*, obligations des chemins de fer, стр. 36—39.

[2]) *Palaa,* eod. стр. 204—5.

[3]) *Dalloz*, Repertoire, sub v-o Voirie par chemin de fer, n-o 490.

отсюда гражданскихъ послѣдствіяхъ оттого „не нарушила-ли компанія тѣхъ законовъ и распоряженій, которые опредѣляютъ ея отношенія къ публикѣ, не нарушила-ли эксплоатація дороги, имѣющая значеніе по преимуществу торговаго дѣйствія, интересовъ третьихъ лицъ?“

„Нарушеніе“ интересовъ третьихъ лицъ дѣятельностью желѣзнодорожныхъ компаній создаетъ субъективное право первыхъ требовать удовлетворенія судебнымъ порядкомъ за понесенный ими отъ этого ущербъ. Система французскаго желѣзнодорожнаго права, основанная на понятіи „концессіи“ въ значеніи договорнаго акта, лишенная въ законѣ точнаго опредѣленія правоспособности желѣзнодорожныхъ компаній, стоящихъ подъ административнымъ воздѣйствіемъ, не даетъ основаній для развитія института „ultra vires“, на который мы указывали въ правѣ рельсовыхъ путей Англіи. Здѣсь „статутарное“ желѣзнодорожное право, опредѣляя правоспособность компаній по закону, караетъ уклоненіе отъ него недѣйствительностью сдѣлки, несогласной съ постановленіями „статутовъ“ институтъ ultra vires“ является слѣдствіемъ самостоятельно развитой системы объективнаго желѣзнодорожнаго права [1]).

Институтъ „ultra vires“ даетъ намъ поводъ сравнить основныя начала, господствующія въ системахъ желѣзнодорожнаго права Сѣверо-Американскихъ Штатовъ, Англіи, Франціи и Германіи. Въ Англіи желѣзнодорожное право развилось на основаніи отдѣльныхъ парламентскихъ актовъ,—это есть „статутарное право“, гдѣ спеціальные законы опредѣляютъ правоспособность желѣзнодорожныхъ компаній [2]). Во Франціи примѣняется начало административной регламентаціи надъ предпріятіями, принявшими на себя сооруженіе и содержаніе рельсовыхъ путей [3]). Въ Германіи, поскольку еще въ ней сохранились частныя желѣзныя дороги, господствуетъ общее право съ включенными въ него нѣ-

---

1) *Pierce*, a treatise on the law of railroads, Boston, 1881, стр. 525; *Seward Brice*, a treatise on the doctrine of ultra vires, London, 1874, стр. 34—37.

2) *Browne and Theobald*, the law of railway companies London, 1881.

3) *Jacqmin*, des obligations des companies de chemins de fer, Paris, 1880, стр. 8. „Ce qui explique et legitime les restrictions mises par l'Etat à la liberté des compagnies de chemins de fer, c'est que celles—ci n'ont pu naître et s'etablir et ne peuvent exister qu'avec le concour de l'Etat“.

которыми изъятіями, такъ что желѣзнодорожныя компаніи не выдѣлены, въ источникахъ права, въ самостоятельный отдѣлъ: Такъ напр. въ законѣ объ экспропріаціи отъ 11 іюня 1874 года для Пруссіи содержится одна лишь ст. 23, содержащая „особыя правила при отчужденіи въ пользу желѣзныхъ дорогъ“; въ общемъ германскомъ торговомъ уложеніи положенія о договорѣ перевозки вообще видоизмѣнены только относительно перевозки по рельсовымъ путямъ [1]). Но въ Германіи на ряду съ закономъ для желѣзнодорожныхъ компаній дѣйствуетъ „регламентъ для эксплоатаціи рельсовыхъ путей отъ 11-го мая 1874 года“. Дѣйствительность германскаго регламента для эксплоатаціи рельсовыхъ путей подлежитъ провѣркѣ съ законами, въ особенности съ обще—имперскими, поэтому слѣдовательно съ торговымъ уложеніемъ. Повѣрка приводитъ къ заключенію, что регламентъ содержитъ правила, которыя на основаніи торговаго уложенія недѣйствительны. Правила этого рода, не смотря на постановленіе союзнаго совѣта,—недѣйствительны, а на этомъ основаніи договоры перевозки, которые ссылаются на эти постановленія, не смотря на соотвѣтствіе свое съ регламентомъ,—недѣйствительны во всякомъ случаѣ въ предѣлахъ этого рода постановленій, но они могутъ быть и совершенно недѣйствительны [2]).

Дѣйствительное примѣненіе „регламента для эксплоатаціи рельсовыхъ“ путей въ Германіи отъ 11-го мая 1874 года основано на договорномъ принятіи сторонами заключающагося въ его постановленіяхъ содержанія, насколько оно не противорѣчитъ закону [3]). „Такимъ образомъ, говоритъ Тэль, содержаніе регламента принимается въ силу договора“ [4]).

Германское желѣзнодорожное право, не имѣя спеціальнаго источника, опредѣляется постановленіями, содержащимися въ законѣ общемъ для торговыхъ сдѣлокъ, для права экспропріаціи, включая сюда нѣкоторыя уклоненія для желѣзнодорожныхъ предпріятій.

---

[1]) Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch §§ 401—434 содержатъ постановленія о договорѣ перевозки вообще, §§ 435—460—о перевозкѣ желѣзнодорожной.

[2]) *H. Thöl*, Handelsrecht, Bd. III das Transportgewerbe, § 49, стр. 90.

[3]) *H. Thöl*, eod. стр. 91.

[4]) *H. Thöl*, eod. стр. 92. Somit ist immer der Inhalt der Reglements vereinbart“.

Кромѣ постановленій закона въ Германіи дѣйствуетъ регламентъ для эксплоатаціи рельсовыхъ путей, получающій свое значеніе на основаніи договорнаго соглашенія сторонъ, принимающихъ тѣ его постановленія, которыя не противорѣчатъ закону.

На ряду съ *„статутарнымъ желѣзнодорожнымъ правомъ“* Англіи, съ *„регламентарнымъ правомъ“* для рельсовыхъ путей во Франціи, Германія выработала право, основанное на *законѣ* и *договорѣ* для правоотношеній компаній, сооружающихъ и эксплоатирующихъ паровозныя линіи.

„Особое желѣзнодорожное право, говоритъ Тэль относительно Германіи, состоитъ изъ публичныхъ, безусловныхъ, не подлежащихъ волѣ частныхъ лицъ, правовыхъ положеній [1]). Но допущеніе „освободительныхъ договоровъ“ очень смягчаетъ абсолютную отвѣтственность желѣзнодорожныхъ компаній [2]), допустивъ на основаніи „привилегированныхъ опасныхъ обстоятельствъ“ [3]), куда относятся—перевозка въ открытыхъ вагонахъ, при недостаточной упаковки и т. п. [4]),—ограниченную ихъ отвѣтственность.

Нарушеніе абсолютныхъ постановленій источниковъ желѣзнодорожнаго права Германіи можетъ повлечь за собой только признаніе акта незаконнымъ, институтъ же „ultra vires“ относится не къ актамъ незаконнымъ, но къ такимъ, недѣйствительность которыхъ основана на томъ, что они не соотвѣтствуютъ цѣлямъ частной компаніи, какъ онѣ указаны въ спеціальныхъ источникахъ, опредѣляющихъ ихъ правоспособность [5]).

---

[1]) *Thöl*, eod. § 47.

[2]) *Thöl*, eod. стр. 199.

[3]) *Thöl*, eod. стр. 157 „privilegirte gefährliche Umstände“.

[4]) Тэль насчитываетъ тринадцать отдѣльныхъ случаевъ „привилегированныхъ опасныхъ обстоятельствъ“ въ § 78 своего труда „das Frachtgewerbe“.

[5]) *Pierce*, eod. стр. 516 „Meanin of the Term Ultra Vires“.—3, Acts which are not within the express or implied powers of the corporation, *but not otherwise illegal.*

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Предметъ желѣзнодорожной концессіи.

§ 1. Понятіе вещей, изъятыхъ изъ гражданскаго оборота. Ученіе ***Ваппеуса, Пагенштехера, Лорана.***

Желѣзныя дороги относятся къ разряду вещей, изъятыхъ изъ гражданскаго оборота (res extra commercium) [1]. Ученіе о вещахъ, изъятыхъ изъ гражданскаго оборота принадлежитъ къ числу самыхъ сложныхъ вопросовъ въ современномъ вещномъ правѣ [2]. *Генрихъ Ваппеусъ* (Heinrich Wappäus) въ изслѣдованіи своемъ о вещахъ, изъятыхъ изъ гражданскаго оборота, говоритъ, что „до сихъ поръ res extra commerium односторонне разсматривались въ значеніи однообразной массы, поэтому недостаточно различались ихъ особые виды и разряды. Обыкновенно не обращали вниманія на то, что знаменательное изъятіе вещей изъ дѣйствія обязательственнаго права есть только необходимый признакъ болѣе глубокаго основнаго существа этого рода вещей, именно—неспособности вещей, стоящихъ внѣ оборота, быть предметомъ проявленія всѣхъ или нѣкоторыхъ вещныхъ правъ“ [3].

Не считая вещи, изъятыя изъ гражданскаго оборота (res extra commercium), за однообразную массу предметовъ, имѣющихъ однородное значеніе въ правѣ, Ваппеусъ раздѣляетъ ихъ на двѣ группы: 1) на вещи, вполнѣ изъятыя изъ правооборота (Rechtsverkehr) и 2) частично стоящія внѣ оборота. Полное изъятіе имѣетъ

---

[1]) *Dernburg,* das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Reshts, Leipzig, 1860, Bď. I, стр. 498. *Koch,* die Eisenbahnen Deutschlands, Marburg, 1859. *Wappäus*, zur Lehre von den dem Verkehr entzogenen Sachen, Göttingen, 1867, § 21. *Laurent*, principes de droit civil, t. VI. § 29—35.

[2]) *Wappäus*, eod. стр. 1.

[3]) *Wappäus*, eod. стр. 2 пр. 1.

мѣсто тогда, когда всѣ лица устранены отъ возможности имѣть какія либо вещныя права на предметъ. Совершенно внѣ гражданскаго оборота находятся такъ называемыя въ римскомъ правѣ „res communes omnium“ [1]), къ числу которыхъ источники римскаго права относятъ воздухъ, проточную воду, море и морскіе берега. Это выраженіе „вещи для всѣхъ общія“ не существуетъ въ одномъ изъ главнѣйшихъ современныхъ кодексовъ,—въ code civil. Правда ст. 714 с. с. говоритъ, что „нѣкоторыя вещи, не принадлежа никому въ отдѣльности, подлежатъ общему пользованію всѣхъ. Способъ пользованія ими опредѣляется полицейскими законами“. Но постановленіе ст. 714 с. с. изъясняется французскими юристами вовсе не въ томъ смыслѣ что упоминаемыя въ ней вещи, подлежащія общему пользованію всѣхъ, имѣютъ значеніе „res communes omnium“ римскаго права. „Мы думаемъ, говоритъ Лоранъ [2]), что ст. 714 с. с. относится къ вещамъ, которыя римскіе юристы называли государственными (publiques), т. е. къ такимъ вещамъ, пользованіе которыми принадлежитъ всѣмъ гражданамъ. Это тѣ вещи, которыя ст. 538 с. с. относитъ къ собственности государства, вслѣдствіе того, что онѣ не могутъ состоять въ частной собственности, какъ-то: дороги, судоходныя и сплавныя рѣки. Неспособныя къ освоенію, въ силу общественнаго своего назначенія, эти вещи не имѣютъ въ дѣйствительности хозяина. Въ этомъ смыслѣ можно сказать, что онѣ никому не принадлежатъ. Если кодексъ считаетъ ихъ подлежащими собственности государства, такъ онъ это основываетъ на томъ пользованіи, которое могутъ на нихъ осуществлять всѣ граждане“.

Въ отличіе отъ римскаго права современное французское право не знаетъ res communes omnium и принимаетъ вещи, находящіяся въ общемъ всѣхъ пользованіи (ст. 714 с. с.) за предметы, состоящіе въ собственности государства (ст. 538. eod.).

Другую обширную группу вещей, изъятыхъ вполнѣ въ римскомъ правѣ изъ гражданскаго оборота, на которыхъ не могло осуществляться ни какое вещное право, составляютъ „res divini juris“ [3]). Въ римскомъ правѣ res divini juris противополагались res humani juris. Различіе между ними основано на субъективномъ

1) § 1. Just. II. 1.

2) *Laurent*, principes de droit civil, t. VI. стр. 6.

3) *Wappäus*, eod. § 3.

началѣ: res divini juris могли быть предметомъ управомочій боговъ, res humani juris подлежали правамъ человѣческихъ существъ. „Въ основаніи этого воззрѣнія лежитъ пониманіе всей древней теологіи, по которой боги, если даже были высшими существами, но все же, подобно людямъ, имѣли потребности и желанія, которымъ человѣкъ думалъ доставить удовлетвореніе чрезъ посвященіе извѣстныхъ предметовъ, чтобы получить помощь въ своихъ житейскихъ дѣлахъ“ [1]. Къ „res divini juris“, изъятыхъ совершенно отъ возможности установленія относительно ихъ какихъ нибудь вещныхъ правъ, относятся въ римскомъ правѣ, во-первыхъ, „res sacrae“, т. е. вещи, посвященныя богамъ со стороны государства [2]. Государственное посвященіе въ Римѣ богамъ, признаваемымъ populus romanus, вещей совершалось на основаніи постановленія народа или сената: consecratur enim lege de ea re lata, aut senatus consulto facto (Gajus II. 4. 5.). Съ переходомъ власти pontifex mãximus къ princeps государственное посвященіе совершается послѣднимъ [3].

Посвященіе вещей богамъ, совершенное въ Римѣ частнымъ лицомъ, а не отъ государства, не давало имъ значеніе res sacrae, но только „sanctae“, такъ что „sua volentate“ вещь не могла стать „divini juris“, для этого необходима была „publica dedicatio“. Поэтому вещи, отданныя частнымъ лицомъ въ храмъ, устроенный имъ жертвенникъ, остаются для всѣхъ постороннихъ обыкновенными вещами, имѣютъ значеніе profanus.

Изъяты изъ гражданскаго оборота совершенно въ римскомъ правѣ „res religiosae“, къ которымъ принадлежатъ „sepulcra privata“, т. е. частныя гробницы. Частныя гробницы въ Римѣ устроивались на земляхъ, принадлежащихъ умершему, для него и для его наслѣдниковъ [4], и получали значеніе „locus religiosus“ чрезъ внесеніе труппа въ могилу (illatio mortui) лицами, имѣющими на это право [5], а если погребеніе совершалось на чужой землѣ, то необходимо было согласіе ея собственника для того, чтобы

[1] *Wappäus,* eod. § 3.

[2] L. 6. § 3. D. de div. rer. I. 8 „res quae publice consecratae sunt, non privatim“.

[3] L. 9. § 1. D. de div. rer. I. 8. L. 15 D. ut in possess. legat. 36. 4.

[4] L. 5 D. de relig. 11. 7. L. 3 § 5 D. de sepulcra viol. 47. 2.

[5] L. 6 pr. D. de relig. 11. 7. L. 4. eod. L. 2 § 9. Могли погребать на своей землѣ наслѣдники умершаго, его друзья, какъ negotiorum gestores наслѣдниковъ, посторонніе лица съ дозволенія собственника земли, на которой совершалось погребеніе.

„illatio mortui“ обратило гробницу въ res religiosa. Частная гробница считается въ римскомъ правѣ собственностью умершаго: „naturaliter enim videtur ad mortuum pertinere locus in quem infertur“ [1]). Наслѣдники учредителя гробницы имѣютъ на нее jus sepulcri, т. е. личное право быть въ ней погребенными— jus inferendi, поэтому римское право смотрѣло на „loca religiosa“ какъ на вещи совершенно humano jure exempta [2]).

Совершенно иное значеніе въ современномъ правѣ имѣетъ трупъ человѣка умершаго. Знаменитый германскій юристъ Вехтеръ въ сочиненіи своемъ, посвященномъ „вюртембергскому гражданскому праву“, говоритъ, что никто не можетъ имѣть на трупъ человѣка права собственности, и этому положенію, принятому въ наукѣ и законодатальствѣ [3]), нисколько не противорѣчитъ то, что трупы продаются въ анатомическій театръ, такъ какъ подобная продажа не имѣеть никакой юридической дѣйствительности, потому что обѣ договаривающіяся стороны вполнѣ сознаютъ внѣ оборотное значеніе предмета своей сдѣлки. Но если такая юридически недѣйствительная сдѣлка будетъ завершена фактическимъ ея выполненіемъ, то никто изъ договаривающихся сторонъ не можетъ ее отмѣнить, потому что ни одна изъ участвующихъ въ соглашеніи сторонъ не имѣетъ исковаго требованія изъ недѣйствительнаго договора, и ни одна изъ нихъ не можетъ предъявить къ противной сторонѣ actio indebiti, потому что каждая сторона выполняла фактически условленное между ними вполнѣ сознательльно. Поэтому, говоритъ Ваппеусъ, подобные договоры, на основаніи фактическаго ихъ выполненія, имѣютъ силу и значеніе [4]).

Трупъ, нерасчлененный на составныя свои части, въ совокупности своей, предназначаемый для погребенія, имѣетъ значеніе предмета, изъятаго изъ гражданскаго оборота въ современномъ правѣ. Но трупъ, расчлененный на части, скелетъ человѣка, его черепъ, отдѣльные органы находятся въ гражданскомъ оборотѣ и могутъ быть предметами вполнѣ дѣйствительныхъ гражданскихъ сдѣлокъ [5]).

---

1) L. 4 D. de relig. 11. 7.
2) § 2 J. de inutt. stip. 3. 19.
3) *Wächter*, würtembergisches Privatreht, Bd. II. стр. 285 и № 17.
4) *Wappäus*, eod. § 15.
5) *Wächter*, eod. стр. 285 и № 17. Wappäus, eod. § 15.

Наконецъ полное изъятіе изъ гражданскаго оборота въ римскомъ правѣ обнимало: 1) ядовитыя вещества, предназначавшіяся не для врачеванія, но для отравленія [1]) и 2) запрещенныя книги [2]). Согласно съ постановленіями римскаго права, современное право не признаетъ дѣйствительность вещныхъ правъ на послѣдній видъ изъ названныхъ предметовъ—запрещенныя книги. Мотивъ изъятія изъ гражданскаго оборота этихъ предметовъ въ римскомъ и современномъ правѣ одинъ и тотъ же, онъ вытекаетъ изъ соображеній административныхъ, по которымъ государство имѣетъ право конфисковать и уничтожать запрещаемыя имъ книги [3]).

Перечисленными предметами исчерпывается кругъ вещей, вполнѣ изъятыхъ гражданскаго оборота въ римскомъ правѣ. Современное право не знаетъ институтовъ „res sacrae et religiosae“ въ томъ значеніи, которое они получили въ римскомъ правѣ. Въ современномъ быту внѣшнимъ образомъ соотвѣтствуютъ римскимъ res divini juris предметы, посвященные христіанскому богослуженію. Въ современномъ правѣ не существуетъ различія между res sacrae et res religiosae, которое дѣлаютъ источники римскаго права, но всѣ предметы, предназначенныя съ религіозной цѣлью, имѣютъ значеніе res sacrae [4]). Мало того, res sacrae современнаго права не изъяты вполнѣ изъ гражданскаго оборота, подобно res divini juris римскаго права, относительно ихъ имѣютъ мѣсто вещныя права, ограничиваемыя въ внѣшнемъ распоряженіи и пользованія ими.

Такимъ образомъ res sacrae севременнаго права принадлежатъ ко второй обширной группѣ вещей, изъятыхъ изъ гражданскаго оборота, къ той, которую Ваппеусъ характеризуетъ признакомъ *частичнаю изъятія изъ гражданскаю оборота*, т. е. такого, когда на извѣстную вещь, во-первыхъ, никто не можетъ осуществлять извѣстныхъ вещныхъ правъ, куда относятся пути сообщенія сухопутныя, водяныя, искусственныя и естественныя [5]), или во-вторыхъ, когда нѣкоторымъ лицамъ недоступны относительно вещи никакія вещныя права, напр. недозволеніе евреямъ пріобрѣ-

---

1) L. 236 pr. D de V. S. 50. 16.
2) L. 4 § 1 D. fam. hercis. 10. 2.
3) *Wappäus*, eod. § 15.
4) *Wappäus*, eod. § 16.
5) *Laureut*, eod. t. VI. § 4—35.

тать земли, лежащія внѣ городовъ и мѣстечекъ [1]), ставитъ эти послѣднія въ положеніе частично изъятыхъ изъ гражданскаго оборота; наконецъ, въ третьихъ, нѣкоторымъ лицамъ не доступны на вещь нѣкоторыя лишь вещныя права, напр. недозволеніе въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ евреямъ имѣть христіанъ своими рабами, что не исключало возможности инаго рода между ними сдѣлокъ [2]).

Виды изъятія вещей изъ гражданскаго оборота распадаются поэтому на три обширныя группы, въ первыхъ, общее, полное изъятіе, куда относятся res divini juris римскаго права, вещи подвергшіяся полицейскому запрещенію въ правѣ современномъ [3]); во вторыхъ, частичное изъятіе объективное, примѣръ котораго представляютъ вещи, находящіяся въ общественномъ пользованіи [4]) и въ третьихъ частичное субъективное ограниченіе, т. е. недоступность нѣкоторымъ только лицамъ всѣхъ или нѣкоторыхъ вещныхъ правъ на вещи.

Частичное изъятіе изъ гражданскаго оборота въ томъ значеніи, которое ему даетъ Ваппеусъ, т. е. какъ непримѣнимость по отношенію къ извѣстнымъ вещамъ нѣкоторыхъ вещныхъ правъ (объективное изъятіе изъ гражданскаго оборота) или недоступность извѣстнымъ только лицамъ всѣхъ или нѣкоторыхъ только вещныхъ правъ (субъективное изъятіе изъ гражданскаго оборота) имѣетъ несравненно болѣе важное значеніе для современнаго права нежели положеніе вещей, совершенно изъятыхъ изъ гражданскаго оборота, число которыхъ, какъ мы видѣли ограничивается немногими предметами, запрещенными полицейской властью, сюда также относится человѣческій неразчлененный трупъ [5]), вся же обширная категорія „res divini juris“ римскаго права не имѣетъ никакого практическаго значенія въ современномъ быту [6]).

Непосредственное слѣдствіе полнаго или частичнаго (объективнаго или субъективнаго) устраненія правъ вещныхъ частныхъ лицъ на предметы, изъятые изъ гражданскаго оборота, состоитъ

---

1) Собр. Узак. и Расп. Прав. 1882, № 43.

2) L. 1 C. ne christianum, I. 10.

3) *Wappäus*, eod. § 3—4. § 15, *Wächter*, würtemb. Privatrecht Bd. II § 44 № 6.

4) *Laurent*, eod. t. VI. § 4.

5) *Wappäus*. eod. § 15.

6) *Wappäus*, eod. § 16.

въ томъ, что тѣ юридическія сдѣлки, которыя имѣютъ въ виду установленіе, перенесеніе или отмѣну тѣхъ вещныхъ правъ, которыя не могутъ быть осуществлены на извѣстнаго родѣ вещи, —ничтожны и недѣйствительны [1]).

Если поэтому вещи находятся вполнѣ внѣ гражданскаго оборота или частично, т. е. когда она не можетъ быть предметомъ осуществленія всѣхъ или извѣстныхъ вещныхъ правъ [2]), и всѣхъ сдѣлокъ, которыя должны обосновать требованія на предоставленіе такихъ, вещныхъ правъ [3]), то вещи этого рода относятся къ предметамъ въ собственномъ смыслѣ находящимся внѣ гражданскаго оборота [4]).

Вслѣдъ за вещами, изъятыми изъ гражданскаго оборота въ собственномъ смыслѣ, право допускаетъ еще такого рода ограниченія, по которымъ, въ силу законныхъ предписаній, не могутъ совершаться извѣстнаго рода юридическія сдѣлки относительно нѣкоторыхъ вещей. Напр. въ римскомъ правѣ res litigiosa [5]), fundus dotalis [6]) были неотчуждаемы, современное право знаетъ прямыя запрещенія въ законѣ дарственныхъ и завѣщательныхъ актовъ на имущества родовыя [7]), оно узаконяетъ неотчуждаемость заповѣдныхъ имуществъ [8]).

Послѣдняго рода ограниченія, когда законъ не дозволяетъ совершеніе извѣстнаго рода юридическихъ сдѣлокъ на вещи, не устраняя относительно ихъ никакихъ и ни для кого вещныхъ правъ,—эти ограниченія юридическихъ сдѣлокъ создаютъ особый

---

[1]) *Wappäus*, eod. Einleitung.

[2]) *Wappäus*, eod. стр. 2 пр. 1.

[3]) *Wappäus*, eod. § 12.

[4]) *Wappäus*, eod. Einleitung, § 3— .

[5]) L. 1 § 2 D. quae res pign. 20—3 для древняго римскаго процесса съ „pecuniaria condemnatio“ res litigiosa не отчуждается въ интересѣ отвѣтчика, потому что истецъ, не имѣя владѣнія на спорную вещь, могъ бы отчуждать состоящую въ его квиритской собственности вещь (l. 2 C. de litigios. 8. 37). Со времени Юстиніана наступаетъ реальное исполненіе (Realexecution) вмѣсто „condemnatio pecuniaria“ древняго права и запрещеніе отчуждать спорную вещь остается, но уже въ интересѣ истца, для обезпеченія ему возможности получить удовлетвореніе по исковому требованію (l. 4 C. de litig. 8. 37). Сводъ законовъ гражданскихъ ст. 1392 дозволяетъ, въ противоположность римскому праву, отчужденіе вещей спорныхъ.

[6]) L. 4. 5. 16. D. de fundo dotali, 23. 5.

[7]) Сводъ законовъ гражданскихъ, ст. 1068, 967.

[8]) Сводъ законовъ гражданскихъ, ст. 493—67.

классъ вещей, которыя Ваппеусъ называетъ „изъятыми изъ гражданскаго оборота въ несобственномъ смыслѣ“ [1]). Вещи, изъятыя изъ гражданскаго оборота въ несобственномъ смыслѣ, хотя допускаютъ примѣненіе всѣхъ вещныхъ правъ, но нѣкоторыя юридическія сдѣлки, на основанія прямаго законнаго запрещенія, на нихъ вовсе не могутъ быть совершены.

Отличительная особенность ученія Ваппеуса объ юридическомъ значеніи вещей, изъятыхъ изъ гражданскаго оборота, состоитъ въ томъ, что онъ принимаетъ за основаніе для понятія о res extra commercium неспособность ихъ быть предметомъ проявленія всѣхъ или нѣкоторыхъ вещныхъ правъ. Такъ что, по его мнѣнію, „изъятіе изъ гражданскаго оборота“ означаетъ не исключеніе изъ „обязательственныхъ сдѣлокъ“, но невозможность этихъ послѣднихъ относительно res extra commercium есть только слѣдствіе глубже коренящагося свойства вещей, именно невозможности ихъ быть предметомъ всѣхъ или нѣкоторыхъ вещныхъ правъ.

Прямо противоположной точки зрѣнія держится другой нѣмецкій писатель, *Пагенштехеръ* [2]). Онъ говоритъ, что extra commercium esse относится къ тѣлеснымъ вещамъ, это не исключаетъ способности ихъ быть предметомъ права собственности, но отсюда необходимо вытекаетъ одна только невозможность ихъ быть предметомъ юридическихъ сдѣлокъ, откуда, какъ слѣдствіе, возникаетъ невозможность ихъ быть передаваемыми въ собственность другихъ лицъ. По мнѣнію Пагенштехера res extra commercium составляютъ однообразную массу вещей, относительно которыхъ нѣтъ возможности совершать извѣстнаго рода только сдѣлки. Недостатокъ такого пониманія раскрывается въ трудѣ Ваппеуса, который говоритъ, что Пагенштехеръ не обратилъ вовсе вниманія на существо тѣхъ вещныхъ правъ, которыя могутъ имѣть мѣсто относительно res extra commercium. Для устраненія подобнаго пониманія res extra commercium, ограничивающагося ихъ значеніемъ въ отношеніи недопущенія совершать извѣстнаго рода юридическія на нихъ сдѣлки, возникло изслѣдованіе Ваппеуса, трудъ котораго составляетъ поворотъ въ научномъ пониманіи юридическаго значенія „внѣ гражданскаго оборота стоящихъ вещей“.

---

[2]) *Wappäus*, Einleitung, § 25—26.

[1]) *Pagensteher*, die romische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit, Bd. I. стр. 40

§ 2. Подчиненіе вещей, находящихся внѣ гражданскаго оборота, государственной власти.

Res extra commercium, будутъ ли онѣ совершенно изъяты гражданскаго оборота, или отчасти въ субъективномъ или объективномъ отношеніи не будутъ допускать осуществленія относительно ихъ правъ вещныхъ (частичная внѣоборотность),—остаются въ подчиненіи власти государственной, ибо онѣ, не входя вполнѣ или частично въ область гражданскихъ вещныхъ правъ, не изъяты вовсе изъ области верховнаго господства на нихъ государственной власти.

Здѣсь мы касаемся высшей степени важнаго вопроса о подчиненіи вещей, изъятыхъ изъ гражданскаго оборота, верховной власти государства и о допущеніи на нихъ нѣкоторыхъ вещныхъ гражданскихъ правъ.

Гентскій профессоръ Ф, Лоранъ, комментируя ст. 714 и 538 французскаго гражданскаго кодекса, говоритъ въ сочиненіи своемъ „principes de droit civil“ [1]), что code civil называетъ „собственностью государства“, терминъ которымъ передано выраженіе „domaine public“ въ русскомъ офиціальномъ переводѣ французскаго кодекса [2]),—имущество, принадлежащее государству. Сюда относятся два рода имуществъ, которыя подчинены двумъ существенно различнымъ принципамъ. Во-первыхъ, сюда относятся имущества, назначенныя для общаго пользованія и которыя по ст. 714 с. с. не принадлежатъ никому [3]), или которыя по ст. 538 с. с. не подлежатъ частному праву собственности. Сюда относятся дороги, судоходныя рѣки. Французскій кодексъ разсматриваетъ ихъ, какъ принадлежность „государственной собственности“, по терминологіи русскаго перевода для выраженія „domaine public“. Это значитъ, продолжаетъ Лоранъ, что они не входятъ, строго говоря, въ составъ собственности; они, въ силу

---

1) *F. Laurent*, principes ce droit civil, t. VI. § 4. стр. 9—10.

2) Гражданскіе законы губерній Царства Польскаго, изд. Губе.

3) См. 714 с. с. Нѣкоторыя вещи, не принадлежа никому въ особенности, подлежатъ общему пользованію всѣхъ. Способы пользованія ими опредѣляются полицейскими законами.

общественнаго своего назначенія, не подлежать освоенію въ рукахъ государства не болѣе, чѣмъ въ рукахъ частныхъ лицъ. Во-вторыхъ, государству принадлежать другаго рода имущества, которыми оно распоряжается на правѣ частной собственности, сюда относятся государственныя имущества, лѣса, земли. Французскій кодексъ оба указанныхъ рода „государственной собственности" называетъ однимъ и тѣмъ же терминомъ „domaine public", хотя между ними существенная разница, одна относится къ вещамъ находящимся въ оборотѣ, другая—къ изъятымъ изъ гражданскаго обращенія. „Сліяніе ихъ, говоритъ Лоранъ, въ подъ одно наименованіе является недостаткомъ логики и точности. Смѣшеніе изъ кодекса перешло въ теорію" [1]). Желая избѣжать неточности въ наукѣ, гдѣ она требуется въ самомъ строгомъ смыслѣ, Лоранъ предлагаетъ дополнить выраженіе „собственность государствъ" двумя прилагательными, которыя будутъ служить для разграниченія понятія объ имуществѣ, стоящемъ внѣ гражданскаго оборота по своему общественному назначенію, отъ имущества, принадлежащаго государству на правѣ частной собственности и остающагося въ оборотѣ. Для обозначенія перваго рода вещей Лоранъ предлагаетъ терминъ „domaine public de l'etat", для вторыхъ—„domaine privé de l'etat", что мы передадимъ по русски, придерживаясь оффиціальнаго перевода code civil, выраженіями „общественная собственность государства" и „частная собственность государства". Эта терминологія имѣетъ то преимущество, что она примѣнима не только къ имуществу государственному, но также къ принадлежащему мѣстнымъ общественнымъ соединеніямъ—городамъ, общинамъ, у которыхъ то-же имѣетъ мѣсто отличіе имущества общественнаго отъ частнаго.

Государство относительно вещей, находящихся въ общественномъ пользованіи,—res publicae in publico usu, имѣетъ на основаніи постановленій источниковъ римскаго права государственную собственность, ограниченную общественнымъ пользованіемъ [2]). Къ res publicae in publico usu, publicis usibus destinatae принадлежатъ flumina publica, viae publicae, muri ac portae urbis, loca publica [3]).

---

[1]) *Laurent*, eod. I. VI. § 4. стр. 9.
[2]) *Wappäus*, eod. § 18 въ началѣ.
[3]) *Wappäus*, eod. § 6.

Всѣ эти предметы имѣютъ ту особенность, что они служатъ для удовлетворенія общей потребности въ передвиженіи, защитѣ или доставляютъ всѣмъ извѣстныя удобства. Поэтому всѣ тѣ права гражданскія, по природѣ своей имѣющія исключительный характеръ, которыя противорѣчатъ главному назначенію вещей, находящихся въ общественномъ пользованіи, не могутъ къ нимъ вовсе примѣняться. Въ этихъ предѣлахъ, насколько отъ вещей, находящихся въ общественномъ пользованіи, устраняются права гражданскія, настолько онѣ находятся внѣ гражданскаго оборота [1]). Рѣшеніе вопроса о томъ, какія гражданскія права могутъ имѣть мѣсто относительно res puclicae in publico usu,—зависитъ отъ свойства того общественнаго пользованія, которому должна удовлетворить вещь. Такъ на „flumen publicum—quod perenne sit“ [2]) ни государство, ни частное лицо не могутъ пріобрѣтать права собственности. Здѣсь не имѣетъ мѣста возможность освоенія постоянно мѣняющагося воднаго теченія. Владѣніе русломъ рѣки не возможно, пока оно покрыто текущей водой. Но если на flumen perenne не мыслимо право частной собственности, то отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы на проточныя рѣки не могли быть установлены исключительныя гражданскія права. Такія исключительныя права извѣстны римскому праву, которое допускало придоставленіе ихъ путемъ „концессіи“, выдаваемой отъ верховной власти въ государствѣ [3]). Исключительныя гражданскія права на flumen perenne могли существовать въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ они не нарушаютъ usus publicus, ограничивающій, какъ выражается Ваппеусъ,—„пассивную правоспособность рѣкъ“, т. е. способность ихъ быть предметами гражданскихъ правъ [4]). Но usus publicus совмѣстимъ съ правомъ гражданскимъ на рыбную ловлю въ рѣкѣ [5]), съ пользованіемъ его для судоходства и сплава лѣса [6]), здѣсь имѣетъ мѣсто occupatio вещей

---

1) *Göschen*, Vorlesungen über das gem. Civilrect, Bd. I. § 172.

2) L. 1 § 3 D. de fluminibus, 43. 12.

3) L. § 41. D. de aqua cot. 43. 20. „Permittitur autem, aquam ex castello vel ex rivo vel ex quo loco publico ducere. Idque a Principe conceditur: alii nulli competit jus aquae ducendae.

4) *Wappäus*, eod. стр. 25.

5) L. 1. pr. § 19 D. de flumin. 43. 12.

6) L. 13 § 7 D. de injur. 47. 10.

безхозяйныхъ, раковинъ, камней, травъ, также пользованіе рѣкой для водопоя, стирки, купанья [1]).

Относительно другой группы вещей, находящихся въ общемъ всѣхъ пользованіи, — viae publicae, loca publica, то въ нихъ не имѣютъ мѣста тѣ вещныя права государства, принимаемаго въ значеніи субъекта имущественныхъ правъ, и частныхъ лицъ, которыя противорѣчатъ главному ихъ общественному назначенію. Отсюда слѣдуетъ, что „nuda proprietas" на землю, занятую подъ дорогу [2]) общественную, бечевникъ [3]), —театры, купальни принадлежатъ или государству, общинѣ, или отдѣльнымъ лицамъ [4]).

Въ средніе вѣка римское различіе res publicae in publica usu и res fiscales in patrimonio populi изчезло, обѣ категоріи вещей обратились въ предметъ „королевской собственности" (regalia). Въ ленномъ правѣ viae publicae, flumina navigabilia, portus поставлены на ряду съ предметами фискальнаго гражданскаго права государства, съ предметами безхозяйными, съ взыскиваемыми штрафами [5]). Въ „Sachsen Spiegel" общественные пути наз. „de Königes Strasse" [6]). Полное отождествленіе государственной собственности общественной (domaine public de l'Etat у Лорана) съ его частной собственностью (domaine privé de l'Etat у Лорана) возводится въ основный принципъ, отличающій государственный строй средневѣковой отъ права римскаго у *Лейзера* (Leyser) въ его „Meditationes ad Pandectas" (specim. 25 § 1), „publicarum rerum definitio quae in jure Romano definitur, statui populari, non monarchio convenit..... in monarchiis *omnes publicae res ad regalia referuntur*. Viae publicae apud Romanos ad integrum populum pertinerunt, nunc ad principem". Въ средніе вѣка ученіе о res publicae in publico usu признавалось несогласнымъ съ господствую-

---

1) *Wappäus*, eod, § 6.

2) L. 2 § 21—22 D. ne quid in loco publico 43. 8 „....viae privatae solum alienum est, jus tantum eundi et agendg nobis competit,, viae autem publicae solum publicum est". Слово „publicum" означаетъ нерѣдко въ источникахъ право собственности государства напр. въ 11 § 1 de publican. 39. 4., l. 15 D. de V. S. 50. 16.

3) *Wappäus*, eod. § 6 in fine.

4) Ссылки на источники римскаго права приведены у Wappäus, eod. § 7.

5) C. 56. Feud. II.

6) Sachsen Spiegel, II, 60, 61. 98.

щимъ государственнымъ строемъ, и всѣ вещи, состоящія въ общественномъ пользованіи отнесены къ регальному праву государства.

Въ новое время римское дѣленіе res fiscales in partimonio и res publicae extra commercium принято въ законодательствѣ и наукѣ [1]). Сліяніе ихъ въ одно общее понятіе о вещахъ, находящихся въ „королевской собственности" (regalia), произошло вслѣдствіе того, что въ средніе вѣка не разграничивалось право государственное отъ гражданскаго, поэтому лежащія на государствѣ обязанности относительно res publicae in publico usu не принимались во вниманіе, соотвѣтствующія же имъ права были отнесены средневѣковыми юристами къ разряду правъ гражданскихъ [2]).

Въ противоположность частноправному пониманію вещей, находящихся въ общественномъ пользованіи, средневѣковыхъ юристовъ и источниковъ права, современное правовѣденіе выставило ученіе объ исключительномъ подчиненіи ихъ верховной государственной власти (imperium), [3]) при чемъ общественное пользованіе (usus publicus) устраняетъ возможность на вещи этого рода всякаго права собственности [4]).

Рѣшительнымъ сторонникомъ такого пониманія вещей, находящихся въ общественномъ пользованіи, является извѣстный гетингенскій профессоръ римскаго права Рудольфъ фонъ Іерингъ. Онъ говоритъ, что римское право обозначая этого рода вещи, какъ res extra comercium, устраняетъ возможность примѣненія къ нимъ понятія собственности. „Право собственности государства или города на res publicae есть только оборотная сторона общественнаго пользованія..... То и другое, общественное пользованіе и собственность, нераздѣльны и до такой степени идутъ рука объ руку, что одно существованіе res publicae, какъ таковое, содержитъ такое необходимое ихъ отношеніе къ подлежащему государству, которое и называютъ правомъ собственности. Эта соб-

---

1) *Wappäus*, eod. стр. 75.

2) *Wappäus*, eod. § 7.

3) *Dr. F. L. von Keller*, Einige Bemerkungen über das Gutachten betreffend die Rechte welche dem Kanton Basel-Landschaft an den die Stadt Basel umgebenden Festungswerken zustehen, стр. 7, 10.

4) *Keller*, Pandekten, 2—te Aufl. 1866. § 48. *R. v. Ihering*, der Streit zwischen Basel-Stadt und Basel-Land über die Festungswerke der Stadt Basel, 1862.

ственность поэтому не имѣетъ того значенія, какъ дѣйствительная собственность, она не есть нѣчто случайное и свободное, первоначально подлежащая пріобрѣтенію чрезъ актъ воли и слѣдовательно снова способная быть отчужденной чрезъ актъ воли, но она есть нѣчто необходимое, что всюду само собой возобновляется, гдѣ только находятся res publicae и ее государство также мало можетъ прекратить, всецѣло продать или бросить, какъ оно не можетъ отчасти уступить ее другому". Далѣе Іерингъ, желая устранить въ самомъ названіи res publicae намекъ на возможность выдѣленія со стороны государства части своего права на этого рода вещи въ пользу лицъ постороннихъ, предлагаетъ замѣнить названіе „государственная собственность" (domaine public de l'Etat у Лорана) и говоритъ, что этого рода отношенія правильнѣе назвать: „юридическое отношеніе государства къ назначеннымъ для общественнаго пользованія его согражданъ—res publicae".

По поводу опредѣленія Іеринга положенія въ правѣ res publicae Ваппеусъ замѣчаетъ, что слѣдуетъ именно опредѣлить, какого рода юридическое отношеніе существуетъ государства къ res publicae, есть-ли это право собственности или здѣсь проявляется одно лишь верховное право государства (imperium), или нѣтъ ли здѣсь иного гражданскаго отношенія? При разсмотрѣніи содержанія отношенія государства къ вещамъ, находящимся въ общественномъ пользованіи, мы увидимъ, что право государства на предметы этого рода устанавливается обыкновеннымъ гражданскимъ порядкомъ на основаніи добровольнаго соглашенія съ собственниками, которымъ государство сдѣлало предложеніе относительно покупки у нихъ вещей, необходимыхъ для общественаго пользованія. Если же переходъ частнаго имущества въ государственную собственность не можетъ состояться на основаніи добровольнаго соглашенія съ частными собственниками, то государство прибѣгаетъ въ такомъ случаѣ къ понудительной экспропріаціи, юридическое дѣйствіе которой состоитъ въ томъ, что чрезъ ея посредство экспропріантъ пріобрѣтаетъ право частной собственности на экспропріируемый предметъ [1]).

---

[1]) *Laband*, die rechtliche Natur des Retractsrechts, въ Archiv für die civ. Praxis, Bd. 59, 1869. стр. 187.

Чтобы освѣтить ярче возможность права собственности государства на res publicae, Ваппеусъ приводитъ примѣръ, когда государство не имѣетъ на вещь, находящуюся въ общественномъ пользованіи, верховнаго права, но одно только право вотчинное. Французскому государству принадлежитъ на правѣ собственности общественное сооруженіе,—памятникъ маршалу Тюрень, находящійся на общественной площади, расположенной на территоріи баденскаго великаго герцогства. Послѣднее имѣетъ на памятникъ верховное государственное право, французское же государство относительно этой res publicae имѣетъ одно только право частной собственности. Тоже самое можно сказать о характерѣ права англійскаго государства на англиканскую церковь, находящуюся въ Вальпарайзо. Относительно этой res extra commercium верховное право принадлежитъ государству Чили, тогда какъ вотчинное право остается въ рукахъ Англіи.

Право собственности государства на res publicae можетъ быть осуществлено чрезъ искъ вотчинный, — rei vindicatio, когда напримѣръ щебень взятъ съ шоссе, то онъ отыскивается чрезъ rei vindicatio.

Право собственности государства на res publicae in publico usu осуществляется не государственной властью, которая можетъ только повелѣвать или запрещать, но казною [1]).

Въ пользу признанія государственной собственности на res publicae высказываются большинство цивилистовъ [2]), ее допускаетъ судебная практика. Въ извѣстномъ сборникѣ Зейферта [3]) судебной практики германскихъ судовъ приведено рѣшеніе, гдѣ содержится опредѣленіе, что „положеніе, недопускающее вообще возможности пріобрѣтенія права собственности на res extra commercium, въ своемъ обобщеніи невѣрно“.

Совокупность имущества, принадлежащаго государству и общественнымъ соединеніямъ, къ которымъ относятся городскія, сельскія общества, а также сословные союзы тамъ, гдѣ они сохранились, распадается въ римскомъ и современномъ правѣ на двѣ отдѣльныя группы, имѣющія неодинаковое положеніе въ правѣ: 1) на имущество казны и общины, и 2) на общественное иму-

---

1) *Wappäus*, eod. стр. 102—3, пр.

2) Ср. литературныя ссылки у Ваппеуса § 20 in fine.

3) *Seufert*, Archiv füs Entscheidungen, Bd. XVII. № 99.

щество государства и общинъ [1]). Отличительный признакъ, „казеннаго, общиннаго имущества“ (pecunia populi) состоитъ въ томъ, что оно исключительно предназначено для пользованія и употребленія правительства и его должностныхъ лицъ, а также на покрытіе лежащихъ на государствѣ и общинахъ издержекъ общественныхъ. Къ „казенному, общинному имуществу“ (pecunia populi) принадлежатъ государственныя имущества, лѣса, рудники, земли, зданія и движимость, въ нихъ находящаяся,—всѣ эти предметы находятся въ собственности государства (казны) и общинъ, которыя ими пользуются по своему усмотрѣнію, какъ субъекты частноправныхъ отношеній. Особенность „общественнаго имущества“ (domaine public de l'Etat у Лорана), принадлежащаго государству и общинамъ, состоятъ въ противоположность „имущества казеннаго и общиннаго“ (domaine privé de l'Etat у Лорана), въ томъ, что оно имѣетъ преобладающее назначеніе служитъ общественному, всеобщему пользованію согласно съ той общественной потребностью, которую должны удовлетворить отдѣльные виды сюда относящихся предметовъ. Къ res publicae и res universitatis in publico usu принадлежатъ государственные и общественные шоссе, дороги паровозныя, мосты, городскія улицы и площади. Прежде всего всѣ эти предметы предназначены находиться въ общественномъ всѣхъ пользованіи, согласно съ своимъ назначеніемъ и затѣмъ уже, насколько общественное пользованіе этого рода вещами это допускаетъ, государство и общины могутъ обратить въ свою пользу тѣ выгоды, которыя могутъ быть извлечены изъ нихъ. Эта подчиненная общественному назначенію вещей, находящихся въ общемъ всѣхъ пользованіи, частноправная сторона осязательно выражается въ тѣхъ сборахъ, которые государство и общины взимаютъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ за пользованіе общественными вещами. Они осуществляютъ здѣсь не свое регальное право, какъ думали прежде [2]), потому что всѣ взимаемые за пользованіе общественными вещами

---

[1]) *Woppäus*, eod. § 21. *Laurent*, eod t. VI § 4. L. 6 pr. D. de cont. стр. 18. 1. Allgemeines Laudrecht für die Preussischen Staaten, II Theil, 14 Tit. § 11. „Einzelne Grundstücke, Gefälle, und Rechte, deren besonderes Eigenthum dem Staate, und die ausschliessende Benutzung dem Oberhaupte desselben zukommt werden Domänen-oder Kammergüter genant“.

[2]) *Gerber*, deutsches Privatrecht, § 62, пр. 5.

сборы предназначены не для увеличенія доходовъ государствъ или общинъ, не для ихъ обогащенія, но служатъ на покрытіе расходовъ по содержанію этого рода вещей въ такомъ состояніи, чтобы пользованіе ими не было затруднено. Такъ шоссейныя деньги, тѣ крейцеры, которые платятъ проходящіе по дунайскому мосту, соединяющему Пештъ съ Буддой, взимаются не по регальному праву государства или общины, но на основаніи государственнаго права, признающаго за ними верховное господство надъ имуществами общественными, для исправнаго содержанія которыхъ они устанавливаютъ сборы съ публики.

Право сбора за пользованіе вещами, предназначенными находиться въ общественномъ употребленіи, отдѣльныя общины и частныя лица, которымъ принадлежатъ этого рода предметы, имѣютъ только съ дозволенія государственной власти, потому что общественное пользованіе находится подъ охраной государства и ограниченіе его созданіемъ въ пользу собственника права, связаннаго съ общественнымъ пользованіемъ, не можетъ возникнуть по его усмотрѣнію.

Между вещами, находящимися въ общественномъ пользованіи, къ которымъ принадлежатъ крѣпости, посредственно служащія на общественную пользу, доставляя охрану обществу и обезпечивая его спокойствіе отъ непріятельскаго вторженія,—общественныя учрежденія разнаго рода, предназначенныя для удовлетворенія общей потребности религіозной, научной, художественной, какъ напр. церкви, библіотеки, музеи,—современный бытъ создалъ неизвѣстный прежнему праву предметъ, предназначенный быть могущественнымъ орудіемъ для передвиженія лицъ и товаровъ и для защиты страны. Мы говоримъ о рельсовыхъ путяхъ.

Желѣзныя дороги могутъ принадлежать государству [1]), отдѣльнымъ общественнымъ соединеніямъ [2]), акціонернымъ компаніямъ [3]),

1) Въ Германіи почти всѣ рельсовые пути находятся въ собственности государства.

2) *А. Борзенко*, Матеріалы по желѣзнодорожнымъ вопросамъ, 1880. Здѣсь указана литература вопроса о „мѣстныхъ желѣзныхъ дорогахъ“, и источники права для нихъ.

3) Типъ желѣзныхъ дорогъ, сооруженныхъ и эксплоатируемыхъ компаніями исключительно господствуетъ въ С. А. Штатахъ, Швейцаріи и въ Англіи, смѣшанная система существуетъ во Франціи, Россіи, Австріи, Италіи и Бельгіи.

товариществамъ на вѣрѣ [1]) и отдѣльнымъ частнымъ лицамъ [2]). Имѣютъ ли онѣ значенiе res fiscales или принадлежатъ къ res publicae in publico usu? Настоящiй вопросъ имѣетъ мѣсто, потому что право сбора за пользованiе путями достигаетъ весьма значительныхъ размѣровъ и является источникомъ дохода для тѣхъ лицъ и учрежденiй, которыя эксплоатируютъ рельсовые пути.

Несмотря на значительность дохода, доставляемаго сборомъ платы за пользованiе рельсовыми путями, они сооружаются и поступаютъ въ эксплоатацiю не для доставленiя возможно большой денежной выгоды. Желѣзнодорожный сборъ главнымъ образомъ предназначенъ подобно шоссейнымъ сборамъ, на покрытiе издержекъ по сооруженiю рельсовыхъ путей и по содержанiю на нихъ движенiя. Поэтому, говоритъ Ваппеусъ, нельзя указать на фискальный доходъ въ значенiи главной цѣли, которую имѣли въ виду при сооруженiи паровозной линiи [3]). Наоборотъ въ пользу принадлежности рельсовыхъ путей къ вещамъ, находящимся въ общественномъ всѣхъ пользованiи, говоритъ то обстоятельство, какъ только государство объявитъ, что желѣзная дорога открыта для общественнаго движенiя, оно съ тѣмъ вмѣстѣ заявляетъ, что пользованiе имъ *должно быть* предоставлено *всякому платящему пассажиру* и для *всякаго надлежащимъ образомъ упакованнаго груза*. Отсюда слѣдуетъ, что на желѣзныя дороги устанавливается опредѣленное общественное пользованiе, отъ котораго въ отдѣльныхъ случаяхъ (in concreto) не могутъ быть устранены по усмотрѣнiю собственника пути извѣстныя лица, потому что содержащiе движенiе на рельсовыхъ дорогахъ лица и учрежденiя не могутъ никому оказывать исключительнаго предпочтенiя, но эксплоатацiя должна совершаться „sans tour de faveur“, какъ говорятъ французскiя желѣзнодорожныя „тетради ограниченiй“ (cahier des charges).

Взимаемый съ лицъ, пользующихся желѣзнодорожнымъ движенiемъ, сборъ не можетъ быть отнесенъ къ договорному соглашенiю между желѣзнодорожнымъ управленiемъ и публикой. Ограниченiе общественнаго пользованiя рельсовыми путями уплачива-

---

1) Московско-Мячковская желѣзная дорога. Собранiе узаконенiй и распоряженiй правительства, 1878 годъ № 53.

2) Вѣтвь къ Константиновской желѣзной дорогѣ кн. Ливена. Собр. узак. и распор. правительства 1877 годъ № 88.

3) *Wappäus*, eod. § 21.

емымъ за него сборомъ съ пассажировъ и грузовъ,—этотъ onus usus publici,—потому не можетъ основываться на договорномъ обязательствѣ публики, что послѣдняя не имѣетъ значенія определеннаго субъекта, съ которымъ можно было бы войдти въ договорное соглашеніе. „Не можетъ быть рѣчи объ обязательствахъ, добровольно заключенныхъ желѣзнодорожнымъ правленіемъ съ публикой, на основаніи которыхъ стали бы доказывать законность onus usus publici, потому что публика не есть лицо, которое могло бы быть, въ обязательственномъ отношеніи, должникомъ или вѣрителемъ. Слѣдовательно здѣсь нѣтъ точно опредѣленнаго субъекта, относительно котораго желѣзная дорога могла бы имѣть намѣреніе принять обязательство“ [1]).

Право собственности государства и общественныхъ соединеній на вещи, находящіяся въ общемъ пользованіи, подлежитъ двоякаго рода ограниченіямъ, вытекающимъ какъ необходимыя последствія изъ того общественнаго назначенія, которому res publicae in publico usu должны удовлетворить. Во-первыхъ, въ правѣ собственности на вещи находящіяся въ общемъ всѣхъ пользованіи, нѣтъ того отрицательнаго элемента вещныхъ правъ, въ силу котораго собственникъ имѣетъ право устранить всѣхъ третьихъ, постороннихъ лицъ, отъ участія въ выгодахъ, связанныхъ съ предметомъ его обладанія. Во-вторыхъ, собственникъ res publicae in publico usu не въ правѣ совершать относительно ихъ такихъ актовъ распоряженія, которые препятствовали бы осуществленію общественнаго ихъ назначенія. Устраненіе отрицательнаго начала права собственности, раскрытаго для общаго всѣхъ пользованія вещами, служащими предметомъ „права участія общаго“ [2]), основано не на обязательственномъ отношеніи государства и общественныхъ соединеній къ публикѣ; потому что имъ не противостоятъ какія либо определенныя лица, но „общественное пользованіе“ создаетъ вещное ограниченіе отрицательнаго элемента права собственности, какъ только оно вступаетъ въ дѣйствительное осуществленіе [3]). Управленіе же res

[1]) *Wappäus*, eod. стр. 107. примѣчаніе.

[2]) Терминъ свода законовъ гражданскихъ, ст. 434—441.

[3]) *Wappäus*, eod. стр. 108 „es liegt ein wirklicher sachlicher Mangel des negatives Elementes des Eigenthumes vor, sobald der öffentliche Gemeingebrauch in Leben getreten ist“.

publicae in publico usu принадлежитъ верховной административной власти въ государствѣ, дѣйствующей чрезъ свои должностные органы, составляющіе вѣдомство министерства внутреннихъ дѣлъ, такъ что фискальное отношеніе государства къ вещамъ, состоящимъ въ общественномъ пользованіи, до тѣхъ поръ пока это пользованіе признается, ограничено тѣснымъ кругомъ правъ, которыя не должны стѣснять общественное пользованіе [1]).

Всѣ распоряженія, относящіяся къ res publicae и основанныя на правѣ собственности, могутъ проявляться въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ они не стѣсняютъ лежащаго на этого рода вещахъ usus publicus. Поэтому государство и общины имѣютъ право, въ качествѣ обыкновенныхъ собственниковъ, насаждать вдоль общественныхъ путей деревья, собирать съ нихъ плоды, косить траву по бокамъ дороги, продавать уличную грязь, какъ средство для удобренія.

Господствующее назначеніе вещей, находящихся въ общественномъ пользованіи, дѣлаетъ невозможнымъ поступленіе ихъ въ конкурсную массу въ случаѣ несостоятельности казны или общинъ, городскихъ и сельскихъ. Въ римскомъ правѣ существуетъ прямое положеніе относительно изъятія res publicae изъ пассивной массы несостоятельныхъ должниковъ—государства и общественныхъ соединеній. Inter publica habemus... nec quae publicis usibus destinatae sunt; sed si qua sunt civitatium bona... procul dubio publica habentur“ [2]). Ваппеусъ комментируетъ приведенное положеніе римскаго права такимъ образомъ: „Ульпіанъ хочетъ сказать что res extra commercium не могутъ быть обращены въ конкурсъ общинъ и выражаетъ это, говоря, что къ конкурсной массѣ принадлежатъ только res publicae въ тѣсномъ смыслѣ (res in patrimonio civitatis)“ [3]).

Въ предѣлахъ нестѣсняющихъ, лежащаго на вещахъ, находящихся въ общественномъ всѣхъ пользованіи, usus publicus, государство и общины имѣютъ на res publicae in publico usu всѣ права и обязанности, связанныя съ собственностью. „Не подлежитъ сомнѣнію, что они имѣютъ rei vindicatio, actio publiciana, actio negatoria противъ всякаго полнаго или частичнаго нарушенія

---

1) *Wappäus*, eod. стр. 109.
2) L. 117 D. de v. S. 50. 16.
3) *Wappäus*, eod. стр. 111.

ихъ права собственности, насколько примѣненіе не исключается общественнымъ пользованіемъ.... Государство, далѣе обязано внести залогъ (cautio damni infecti) за недостатки сооруженій (vitium operis), если сооруженный государствомъ каналъ грозитъ ущербомъ смежнымъ землямъ. Казна подлежитъ actio legis Aquiliae, когда напр. при проведеніи желѣзной дороги не были поставлены надлежащія заставы и предохранительные знаки при скрещеніи путей, вслѣдствіе чего произошли несчастные случаи". [1]) Государство имѣетъ также actio confessoria относительно признанія сервитутовъ въ пользу вещи, предназначенной для общественнаго пользованія. „Сооруженіе рельсовыхъ путей создало новые сервитуты, ограничивающіе смежныхъ владѣльцевъ, говоритъ *Лоранъ* [2]) въ своемъ трудѣ о принципахъ гражданскаго права. Насадка высокоствольныхъ деревьевъ безъ разрѣшенія правительства дозволяется только на разстояніи двадцати метровъ отъ внѣшнихъ краевъ желѣзной дороги,—прочихъ же деревьевъ на разстояніи шести метровъ. Такое же разрѣшеніе требуется для склада и свалки камней для зданій и иныхъ построекъ въ предѣлахъ разстоянія въ восемь метровь. Запрещено открывать безъ разрѣшенія каменоломни, раскопки песку, рудники вдоль желѣзной дороги на разстояніи двадцати метровъ. Подобное запрещеніе существуетъ для соломенныхъ крышъ, а также относительно склада легко воспламеняющихся веществъ, какъ напр. ссыпка зерна (loi du 15 avril. 1843 art. 1—3). Что касается существующихъ вдоль желѣзныхъ дорогъ насажденій и строеній въ предѣлахъ запрещеннаго пространства, то государство можетъ заставить ихъ снести за предварительное вознаграждение (eod. ст. 5)".

Характеризуя юридическое значеніе всѣхъ этихъ „желѣзно-дорожныхъ сервитутовъ„ Лоранъ [3]) замѣчаетъ, что всѣ они безразлично поражаютъ всѣ смежные съ рельсовыми путями участки. Въ этомъ смыслѣ они составляютъ нормальное положеніе собственности и поэтому они не даютъ мѣста какому нибудь вознагражденію. Мы скажемъ далѣе, что это есть общее начало относительно легальныхъ сервитутовъ, служащихъ для обще

---

[1]) *Wappäus*, eod. стр. 110.

[2]) *Laurent*, principes de droit civil, t. VII. стр. 534.

[3]) *Laurent*, eod. стр. 535.

пользы. Отсюда слѣдуетъ, что, въ случаѣ экспропріаціи земель, необходимыхъ для сооруженія желѣзной дороги, не принимаютъ въ соображеніе обезцѣненіе (moins—value) земель, остающихся у смежнаго, подвергшагося экспропріаціи, владѣльца, не смотря на то, что это обезцѣненіе произошло отъ тѣхъ ограниченій, которымъ онъ подчиненъ въ осуществленіи своего права собственности вслѣдствіе сосѣдства съ рельсовымъ путемъ". [1])

Изъ сдѣланнаго нами перечня частноправныхъ отношеній, примѣняемыхъ къ вещамъ, находящимся въ общественномъ пользованіи, становится очевиднымъ, что, хотя этого рода вещи подлежатъ вещному ограниченію въ силу существующаго на нихъ usus publicus, но затѣмъ онѣ допускаютъ возможность всѣхъ тѣхъ вещныхъ правъ которыя не сталкиваются съ главнымъ ихъ назначеніемъ,—служить общественному ихъ назначенію. Всѣ гражданскія права, доставшіяся частнымъ лицамъ на res publicae отъ государства и общины, подлежатъ вѣдѣнію судовъ. [2]).

Рядомъ съ гражданскими правами, осуществляемыми относительно res publicae in publico usu, господствуя надъ ними, проявляетъ свое наблюдательное и управляющее дѣйствіе верховная административная власть въ государствѣ, которая опредѣляетъ порядокъ общественнаго пользованія вещами, открытыми для права участія общаго, начиная съ момента ихъ обращенія въ это пользованіе и кончая моментомъ обратнаго ихъ поступленія въ исключительное дѣйствіе положеній гражданскаго права. Вслѣдствіе того, что usus publicus не есть пріобрѣтенное для кого либо исключительное гражданское право, но является только въ значеніи вещнаго ограниченія права собственности на вещи, находящіеся въ общественномъ пользованіи, устраняя отрицательную власть собственника, состоящую въ недопущеніи посторонняго воздѣйствія на предметъ его собственности,—распоряженія верховной административной власти въ государствѣ относительно

---

[1]) *Лоранъ* приводитъ въ пр. 1. къ стр. 535 т. VII своихъ „principes de droit civil" судебную практику бельгійскихъ судовъ, признающую принципъ безмезднаго установленія легальныхъ сервитутовъ, служащихъ на пользу общественную.

[2]) *Wappäus*, eod. стр. 114 „die Privatrechte, welche Private an öffentlichen Sachen von Staat oder von der Gemeinde übertragen erhalten oder sonst erworben haben, unterliegen der Cognition der Gerichte".

res publicae составляютъ акты управленія, [1]) не подлежащія вѣдѣнію судовъ. Отсюда слѣдуетъ, что рѣшеніе вопроса о томъ принадлежитъ ли извѣстная вещь къ res publicae in publico usu подлежитъ не судебной, но правительственной власти [2]). Такъ какъ никто не имѣетъ относительно общественнаго пользованія вещами, открытыми для права участія общаго, исключительно пріобрѣтеннаго гражданскаго права, то поэтому частныя лица не имѣютъ исковаго права, къ государству или общинамъ относительно улучшенія или возстановленія поврежденныхъ вещей, состоящихъ въ общественномъ пользованіи [3]). Относительно неудовлетворительнаго состоянія res publicae частныя лица могутъ приносить жалобы правительственной власти. Наконецъ, закрытіе общественнаго пользованія на res publicae, завися вполнѣ отъ усмотрѣнія административной власти въ государствѣ,—не даетъ основанія для иска частныхъ лицъ относительно дальнѣйшаго удержанія вещи въ общественномъ пользованіи [4]).

Правительственная власть въ государствѣ постановляетъ объ открытіи „права участія общаго" на вещи, обращаемыя въ общественное пользованіе; она регулируетъ порядокъ этого пользованія, устраняя собственной властью всѣ учрежденія, препятствующія общественному пользованію; наконецъ, верховная правительственная власть совершаетъ актъ исключительно управленія, когда она закрываетъ общественное пользованіе вещью, подлежащею „праву участія общаго". Поэтому недостаточно одной воли собственника вещи, состоящей въ usus publicus, чтобы обратить ее въ полную его собственность. Здѣсь необходимъ актъ распоряженія административной власти [5]).

---

[1]) *К. Анненковъ*, опытъ комментарія къ уставу гражданскаго судопроизводства, Спб. 1878. т. I стр. 18—34.

[2]) *Seufert*, Archiv für Entscheidungen, Bd. III № 148, Bd. XVII, № 285.

[3]) *Seuffert*, eod. Bd. XVI. № 142 „Ansprüche gegen den Staat in Betreff solcher Sachen können daher nicht von den Gerichten, sondern nur bei den Verwaltungsbehörden erhoben werden".

[4]) *Seuffert*, eod Bd. XVII. № 121. „Aus der blossen Befugniss, einen öffentlichen Weg, so lange es besteht, zu benutzen, kann das Recht, dessen Fortbestehen, ungeachtet von der zuständigen Behörde dessen Aufhebung und Verlegung verfügt ist, zu verlangen oder Entschädigung in Anspruch zu nehmen, *nicht* hergeleitet werden".

[5]) *Wappäus*, eod. стр. 112 „die res publicae in publico usu können durch

Вещи, находящіяся въ общественномъ пользованіи и потому имѣющія значеніе res extra commercium, допускаютъ возможность установленія сервитутныхъ правъ, если только эти права не препятствуютъ осуществленію главнаго назначенія вещи удовлетворять извѣстной общественной потребности [1]). Съ этимъ положеніемъ согласенъ изслѣдователь сервитутовъ въ римскомъ правѣ— *Эльверсъ* (Elvers), но онъ дѣлаетъ оговорку, что „хотя на res publicae отдѣльныя лица могли имѣть, вслѣдствіе предоставленія компетентной властью, опредѣленныя управомочія, отличныя отъ общаго права пользованія, но римское право относило ихъ не къ понятію сервитутовъ, но разсматривало ихъ независимо отъ послѣднихъ, какъ вещныя или личныя привилегіи“ [2]). Правительственная власть, говоритъ далѣе Эльверсъ, устанавливаетъ особое, исключительно одному лицу принадлежащее право пользованія на вещь, находящуюся въ общественномъ пользованіи,— напр. исключительное право рыбной ловли въ судоходной рѣкѣ, исключительное право на морской берегъ, на которомъ частное лицо возводить зданіе, или частныя права на общественный водопроводъ, право спуска дождевой воды на улицу. Все это имѣетъ значеніе частныхъ правъ на вещь in usu publico и требуетъ привилегіи, которая создаетъ право, защищаемое чрезъ interdictum uti pessidetis, а не чрезъ actio injuriarum, такъ какъ въ случаѣ нарушенія, оно относится къ вещи, а не къ личности“ [3]).

Изъ приведеннаго мнѣнія Эльверса слѣдуетъ, что съ понятіями о сервитутахъ и о res in usu publico совмѣстимо установленіе сервитутныхъ правъ на вещи, находящіяся въ общественномъ пользованіи. Понятіе сервитутовъ опредѣляется или какъ „господство надъ отдѣльнымъ свойствомъ чужой тѣлесной вещи, принимаемымъ за самостоятельную вещь, предполагая что это господство неразрывно связано съ господствомъ на другую тѣлес-

---

den blossen Willen ihres Eigenthümers niemals ihre einmal bestehenden öffentlichen Bestimmung wieder entkleidet werden, vielmehr ist dazu stets die Genehmigung jener Staatsbehörden erforderlich“. Ср. *Seuffert*, Archiv für Entscheidungen, Bd. III, № 146.

[1]) *Laurent*, principes de droit civil, t. VII. § 139, стр. 164 „...le principe qui permet de constituer des servitudes sur une chose du domaine public pourvu que l'on ne porte pas obstacle à la destination de la chose“.

[2]) *Elvers*, die römische Servitutenlehre, Marburg, 1856, § 13, стр. 124.

[3]) *Elvers*, eod. стр. 278—279.

ную вещь или находится въ такой зависимости отъ существованія отдѣльнаго лица, что оно всегда съ нимъ прекращается“ [1]). По опредѣленію Эльверса предметъ сервитута составляетъ „отдѣльное свойство вещи“, которое фиктивно считается въ значеніи вещи. *Пухта* опредѣляетъ сервитуты, какъ права на чужія вещи для пользованія ими индивидуально опредѣленнымъ субъэктомъ: личный субъектъ создаетъ личные сервитуты, вещью опредѣленный субъектъ (Sachindividuum) устанавливаетъ вещные сервитуты [2]). *Арндтсъ* видитъ въ сервитутахъ вещныя права, ограничивающія право собственности на вещь относительно пользованія ею предоставленіемъ опредѣленному лицу или собственнику опредѣленнаго поземельнаго участка пользованія, относящагося къ опредѣленной сторонѣ вещи [3]). *Шöнеманъ* въ опредѣленіи понятія сервитутовъ отрѣшается отъ исходнаго начала всѣхъ предшествующихъ ученій, видящихъ здѣсь право на чужую вещь, какъ пользованіе опредѣленными ея свойствами (Арндтсъ), или право пользованія чужими вещами (Пухта), или право на свойство чужой вещи, возводимое по фикціи въ значеніе самостоятельнаго предмета правъ (Эльверсъ). *Шöнеманъ* исключаетъ изъ опредѣленія понятія сервитута моментъ „чужой вещи“ и говоритъ, что это есть „вещное право пользованія и извлеченія доходовъ съ вещей безъ потребленія ихъ“ [4]).

Ни одно изъ приведенныхъ опредѣленій понятія сервитутовъ не исключаетъ возможности сервитута на res in publico usu. Практическая ихъ примѣнимость становится несомнѣнной изъ прочтенія тѣхъ отдѣльныхъ случаевъ, восходившихъ на разсмотрѣніе судовъ, гдѣ признана законность подобнаго рода сервитутныхъ отношеній. Лоранъ въ седьмомъ томѣ своихъ „principes de droit civil“ приводитъ нѣсколько случаевъ изъ практики бельгійскихъ и французскихъ судовъ, признавшихъ сервитуты частныхъ лицъ на res in publico usu. Сооружаютъ каналъ; новый судоходный путь долженъ пройдти чрезъ участокъ земли; государство покупаетъ земли по соглашенію и въ актѣ купли оно

---

1) *Elvers*, eod. § 35, стр. 297.

2) *Puchta*, Pandekten, § 178.

3) *Arndts*. Pandekten, § 178.

4) *Schönemann*, die Servituten, eine civilistische Abhandlung, Leipzig, 1866. § 8, стр. 28.

договаривается, что государство соорудить чрезъ каналъ четыре моста, и что устроены будутъ приспособленія для облегченія доступа къ каналу. Возникаютъ споры между собственниками земли и администраціей относительно значенія этихъ условій. „Не было сомнѣнія, говоритъ Лоранъ, что здѣсь существовали сервитуты, несомнѣнно также, каналъ входитъ въ составъ общественной собственности государства и надо было рѣшить: есть-ли здѣсь сервитутъ, установленный по договору на общественную собственность государства. Правда, что каналъ находится внѣ оборота, но общественное назначеніе канала не препятствуетъ тому, чтобы онъ былъ предметомъ соглашеній и правъ, не препятствующихъ этому назначенію, слѣд. сервитутъ законно установленъ“ [1]).

На томъ же основаніи собственники зданій, примыкающихъ къ общественнымъ гуляньямъ, крѣпостнымъ стѣнамъ могутъ открывать просвѣты и окна въ своихъ домахъ, выходящія на сторону этихъ вещей, находящихся въ общественномъ пользованіи, ибо здѣсь ничѣмъ сервитутное право не стѣсняетъ главнаго назначенія упомянутыхъ res in publico usu [2]).

Не только вещи принадлежащія государству или общественнымъ соединеніемъ, могутъ находиться въ общемъ всѣхъ пользованіи, подчиняясь всѣмъ тѣмъ юридическимъ послѣдствіямъ своего назначенія, о которыхъ мы весьма пространно говорили выше, но также вещи, состоящія въ собственности частныхъ лицъ, могутъ быть открыты „праву участія общаго“. Основаніями для предоставленія на вещи частныхъ лицъ общественнаго пользованія могутъ быть, во-первыхъ, давность такого пользованія, во-вторыхъ, желаніе собственника предоставить свою вещь in usu publico, и въ-третьихъ, постановленіе закона, налагающаго на собственника вещи ограниченіе предоставленіемъ ея праву участія общаго“.

Давность обращаетъ дорогу, проложенную по частной землѣ въ открытый для всѣхъ проселочный путь [3]). Частная акціонерная компанія сооружаетъ рельсовый путь, который она намѣрена предоставить въ общественное пользованіе [4]). Наконецъ за-

[1]) Laurent, principes de droit civil, t. VII, § 137.

[2]) *Laurent*, eod. § 138—140.

[3]) *Wappäus*, eod. стр. 114—15.

[4]) *Wappäus*, eod. стр 115—16.

конъ обязываетъ собственниковъ земли, прилегающихъ къ судоходнымъ и сплавнымъ рѣкамъ, оставлять свободнымъ извѣстное пространство вдоль берега для нуждъ судоходства [1]).

Относительно проселочныхъ дорогъ въ русскомъ сводовомъ правѣ существуютъ узаконенія, изъ содержанія которыхъ выясняется ихъ общественное назначеніе и вмѣстѣ съ тѣмъ дозволеніе такого рода распоряженія собственниковъ той земли, по которой онѣ пролегаютъ, которыя не нарушаютъ ихъ главнаго назначенія служить для общественнаго движенія. Проселочныя дороги относятся къ одному изъ пяти классовъ сообщеній, различаемыхъ въ уставѣ путей сообщенія [2]). На этомъ основаніи онѣ считаются неприкосновенными и не должны быть ничѣмъ застраиваемы ни запахиваемы [3]), иначе говоря онѣ изъяты изъ гражданскаго оборота. Однако владѣльцу дачи, въ которой пролегаетъ проселочная дорога, дозволяется прокладывать вмѣсто нея другую не вдалекѣ, между тѣми же пунктами [4]), слѣдовательно за собственникомъ земли удерживается право перенесенія проселочной дороги, что является слѣдствіемъ его права собственности, ограниченнаго общественнымъ пользованіемъ, не допускающимъ до закрытія существующаго пути.

Ст. 650 французскаго гражданскаго кодекса содержитъ постановленіе относительно бечевниковъ, относя ихъ къ сервитутамъ, устанавливаемымъ для пользы общественной. „Дѣйствіе сервитута бечевника (marchepied) состоитъ въ томъ, что береговые собственники не могутъ на занимаемомъ имъ пространствѣ дѣлать насажденіе и возводить строенія“ [5]). „Утверждали, говоритъ Лоранъ, что берега судоходныхъ рѣкъ принадлежатъ къ общественной собственности государства“ [6]). Но противъ этого мнѣнія Лоранъ приводитъ то возраженіе, что по ст. 556 с. с. намывъ (alluvion) обращается въ пользу прибрежнаго собственника, независимо отъ того, будетъ ли рѣка судоходная, сплавная, или нѣтъ, съ обязанностію, во первомъ случаѣ, оставить береговую тропу

1) *Wappäus*, eod. стр. 116—17.
2) Уст. Пут. сообщ. ст. 524.
3) Уст. Пут. сообщ. ст. 882, 889, 890.
4) Уст. Пут. сообщ. ст. 891.
5) *Laurent*, principes de droit civil, t. VII. § 461. стр. 526.
6) *Laurent*, eod. t. VII. § 462, стр. 527.

или бечевникъ, на основаніи существующихъ правилъ. „Земли береговыхъ собственниковъ только подчинены сервитуту; къ тому надо прибавить, что этотъ сервитутъ имѣетъ исключительный предметъ, интересы судоходства. Всякій сервитутъ изъясняется въ смыслѣ ограничительномъ; слѣдуетъ поэтому пріурочивать бечевникъ къ потребностямъ судоходства. Отсюда слѣдуетъ, что береговые собственники не обязаны терпѣть выгрузку товаровъ, ни движенія телѣгъ и экипажей“ [1]).

Разсмотрѣнные нами два вида вещей, принадлежащихъ частнымъ лицамъ на правѣ собственности,—проселочныя дороги по русскому праву и бечевники (marchepied) по дѣйствующему во Франціи гражданскому кодексу, общественное пользованіе которыми ограничиваетъ собственниковъ относительно отрицательныхъ управомочій собственности вещнымъ ихъ устраненіемъ [2]), равно препятствуетъ частнымъ собственникамъ совершать положительныя распоряженія, противорѣчащія главному назначенію res in publico usu, хотя находящихся на правѣ частной собственности [3]),—свидѣтельствуютъ о признаніи въ правѣ гражданскомъ возможности такихъ вещей, которыя, будучи изъяты изъ гражданскаго оборота, допускаютъ осуществленіе на нихъ въ извѣстныхъ ограниченныхъ предѣлахъ вещныхъ правъ. Въ этомъ ограниченіи и устраненіи относительно res extra commercium примѣненія нѣкоторыхъ вещныхъ правъ заключается внѣоборотное ихъ свойство, слѣдствіемъ котораго является невозможность совершенія относительно этого рода вещей такихъ юридическихъ сдѣлокъ, которыя клонились бы къ установленію или передачѣ на нихъ такого рода вещныхъ правъ, которыя несовмѣстимы съ общественнымъ пользованіемъ, которому онѣ открыты [4]).

§ 3. Положеніе въ правѣ гражданскомъ „концедированныхъ путей“. Ученіе Даллоза, Делало, Бланша, Дернбурга, Лорана, Дюмэ, Пирса.

Несравненно болѣе важное положеніе, чѣмъ только что разсмотрѣнные два вида res extra commercium—проселочныя дороги

[1]) *Laurent*, eod. t. VII. § 462, стр. 528—9.

[2]) „Sachlicher Mangel des negativen Elementes des Eigenthums“, какъ говоритъ Banneycъ, zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen стр 108.

[3]) *Wappäus*, eod. стр. 109.

[4]) *Wappäus*, eod. Einleitung.

и бечевники,—занимають въ правѣ гражданскомъ такъ называемые „концедированные пути“, поступающія по усмотрѣнію и желанію ихъ обладателей, которыми обыкновенно являются акціонерныя общества, въ общественное пользованіе (in usu publico). Здѣсь, подобно тому, какъ это мы видѣли относительно другихъ res extra commercium сталкивается частное право собственности обладателей этого рода путями съ ограниченіемъ вещнаго характера, вытекающимъ изъ общественнаго пользованія, которое устраняетъ отрицательное содержаніе права собственности, состоящее въ правѣ не допускать постороннее вмѣшательство въ предметъ, принадлежащій на правѣ исключительной собственности. Здѣсь, далѣе, обладатель концедированнаго пути ограниченъ въ правѣ распоряженія вещами, обращаемыми имъ въ общественное пользованіе, въ виду того, что его распоряженія должны согласоваться съ этимъ главнымъ назначеніемъ концедированныхъ путей. Наконецъ, концедированные пути подлежатъ непосредственному воздѣйствію верховной административной власти въ государствѣ, охраняющей мѣрами административнаго порядка, общественное пользованіе вещами, открытыми для „права участія общаго“. Положеніе въ правѣ гражданскомъ „концедированныхъ путей“ создало рядъ теорій, которыя могутъ быть соединены въ двѣ неравныя группы. Однѣ изъ нихъ, составляющія значительное большинство, относятъ право на концедированные пути къ существующимъ въ наукѣ и признаннымъ въ законодательствѣ институтамъ вещнаго права, расходясь въ примѣненіи къ нимъ отдѣльныхъ видовъ правъ вещныхъ, такъ что не было ни одного изъ институтовъ вещнаго права, которыхъ не пытались бы примѣнить къ отношеніямъ концессіонера къ концедированнымъ путямъ. Даллозъ признаетъ „прекарное владѣніе“ концедента и приводитъ въ подкрѣпленіе своего ученіи теоріи Прудона Солона и Дюфура [1]). Делало [2]) относитъ право концессіонера къ понятію „узузфруктуса“. Дернбургъ [3]) видитъ здѣсь „superficies“.

---

[1]) *Dalloz.* Repertoire, sub v—o „concession administrative“ § 107. *Proudhon*, traité du domaine public t. I p. 281, *Solon*, répertoire des juridictions v-o „concessions, n-os 11 et „Canaux“ n-os 8, *Dufour*, traité de droit administratif, t. 2 p. 422, n-o 2823.

[2]) *Delalleau* Revue de legislation, t. 5. p. 140.

[3]) *Dernburg*, das Pfandreht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, 1860, Bd. I. стр. 499.

Дюмэ [1]), Гейслеръ [2]) думаютъ, что концедированные пути находятся въ собственности концессіонеровъ.

Другую группу теорій о положеніи въ правѣ гражданскомъ „концедированныхъ путей" составляютъ ученія тѣхъ изслѣдователей, которые не находятъ возможности примѣнить здѣсь ни однаго изъ тѣхъ институтовъ вещнаго права, которые до сихъ поръ извѣстны въ наукѣ гражданскаго права. Въ главѣ ученыхъ этого направленія стоитъ знаменитый профессоръ гентскаго университета Ф. Лоранъ. „Тщетно искать, говоритъ Лоранъ въ своихъ „principes de droit civil" опредѣленія права концессіонеровъ, оставаясь въ предѣлахъ общаго права. Причина этого заключается въ томъ, что общее право знаетъ только одинъ видъ собственности, какъ безусловную собственность съ ея расчлененіями. Наряду съ этимъ частнымъ правомъ оно допускаетъ общественную собственность (domaine public), которая не имѣетъ значенія дѣйствительной собственности. Но общее право не знаетъ такой собственности, которая въ одно и то же время была частной и общественной собственностью. Отсюда слѣдуетъ, что *концессія создала новое право, дѣйствіе котораго не опредѣлено до сихъ поръ законодателемъ.* При молчаніи закона истолкователи затруднены въ попыткахъ примѣнять положенія общаго права, ихъ трудъ противорѣчивъ и поэтому невозможенъ. Можетъ-ли быть рѣчь объ общемъ правѣ относительно такого явленія, которое имѣетъ совершенно исключительное значеніе? Мы приходимъ къ такому же заключенію, какъ кассаціонный судъ, что желѣзныя дороги, будучи явленіемъ новымъ, поэтому права концессіонерныхъ обществъ ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть опредѣлены принципами стараго права или положеніями кодекса гражданскаго".

Къ той же группѣ изслѣдователей, которыя не находятъ возможности объяснить отношеніе концессіонеровъ къ концедированнымъ путямъ на основаніи извѣстныхъ въ наукѣ гражданскаго права вещныхъ институтовъ, принадлежитъ французскій писатель *Бланшъ* (Blanche). „Тщетно стали бы ссылаться, говоритъ

---

1) *Dumay*, Etude juridique sur les concessions de chemin de fer, стр. 35.

2) *Heusler*, Rechtsgutachteu betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Allgemeinen, стр. 11.

3) Laurent, principes, t. VI. стр. 56—57 и цитированное рѣшеніе у Dalloz'a, Recueil periodique, 1868, I, 120.

только что названный авторъ, на слово собственность, которое встрѣчается въ нѣкоторыхъ концессіяхъ, чтобы опровергнуть правильность нашего пониманія. Это слово, неудачно выбранное, служитъ только для обозначенія *особаго рода владѣнія*, принадлежащаго концессіонеру" [1]). „Особаго рода владѣніе" концедированными путями по ученію Бланша исключаетъ возможность осуществленія относительно ихъ права собственности и ипотечныхъ правъ, концессіонерамъ же разрѣшается одно лишь взиманіе съ публики сбора за пользованіе путемъ и платы за провозъ, опредѣленныхъ и назначенныхъ государственной властью. Бланшъ излагаетъ свое ученіе о правѣ на концедированные пути по поводу частнаго вопроса о томъ, возможно-ли обратить взысканіе кредиторовъ на путь, концедированный должнику концессіонеру. Онъ приходитъ къ отрицательному отвѣту на основаніи слѣдующихъ соображеній, которыя мы передадимъ въ сокращеніи.

„Концессіонеръ желѣзной дороги не имѣетъ значенія дѣйствительнаго собственника земли, на которой сооруженъ путь. По природѣ своей, какъ общественные пути, желѣзныя дороги не подлежатъ праву частной собственности. Нѣтъ возможности допустить, чтобы такой путь, созданный для общаго пользованія могъ бы подлежать общимъ, или частнымъ перемѣнамъ, которымъ подлежитъ право частной собственности,—измѣненіямъ, которыя могутъ возникнуть вслѣдствіе продажи, даренія, экспропріаціи и т. д. Разрушеніе малѣйшей части желѣзной дороги разрушило бы ея совокупность, что прямо противорѣчило бы созданію паровозной линіи" [2]).

Не только право собственности не можетъ быть установлено на концедированную подъ рельсовый путь землю, но на нее не могутъ быть установлены дѣйствительныя ипотеки. Это положеніе вытекаетъ не только изъ невозможности, чтобы частное право залоговѣрителя, въ случаѣ неплатежа концессіонеромъ по своему долговому обязательству,—уничтожило пользованіе общественнымъ путемъ, но это непосредственно установлено въ законѣ 3 мая 1841 года во Франціи объ экспропріаціи на основаніи общественной пользы. Въ ст. 17 этого закона постановлено, что записанные кредиторы не могутъ имѣть права удовлетворить свое

[1]) *Armand Branche*, des transport par chemins de fer. Paris, 1866, 46—7.
[2]) *Blanche*, eod. стр. 46.

требованіе посредствомъ обращенія экспропріированной земли въ публичную продажу [1]). Лишеніе же кредиторовъ права публичной продажи влечетъ за собой прекращеніе всѣхъ послѣдствій ипотекъ, какъ онѣ установлены въ ст. 2185 французскаго гражданскаго кодекса [2]). Съ другой стороны ст. 18 закона 3 мая 1841 года объ экспропріаціи во Франціи устраняетъ всѣ вещные иски на принудительно занятую землю, на основаніи общей пользы, въ данномъ случаѣ подъ рельсовые пути, и обращаетъ ихъ на сумму вознагражденія, которая за эти земли выплачена [3]). Иначе говоря экспропріація прекращаетъ вещныя права на экспропріированные участи, предоставляя право взысканія тѣмъ лицамъ, которыя имѣли на эти участки вещныя права, съ тѣхъ, кто получилъ вознагражденіе за отошедшую въ общественное пользованіе землю.

Всѣ эти вопросы возбуждены были вслѣдствіе арретэ отъ 29-го декабря 1848 года, которымъ наложенъ секвестръ на желѣзную дорогу отъ Парижа въ Сб. По ст. 1961 code civil „судъ можетъ отдать въ секвестры: 1) движимыя имущества должника, на которыя обращено взысканіе; 2) имущество недвижимое или вещи движимыя, которыя относительно права собственности или владѣнія, состоятъ въ спорѣ между двумя или нѣсколькими лицами; 3) вещи, предлагаемыя должникомъ для освобожденія себя отъ обязательства". Примѣняя п. 2 ст. 1961 c. c. кредиторы концессіонной компаніи наложили запрещеніе на путь: „firent saisir immoliliérement le chemin". Но государство вступило въ производившееся гражданское дѣло о взысканіи долга съ компаніи и указало на то, что желѣзныя дороги, будучи общественными путями, не могутъ быть предметомъ взысканія со стороны частныхъ лицъ [4]).

---

[1]) Loi organique du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, art 17 „...les creanciers inscrits n'auront, dans ancun cas, la faculté de surenchérir".

[2]) Ст. 2185 code civil содержитъ слѣдующее постановленіе, „....tout créancier dont le titre est inscrit peut requérir la mise de l'immeuble aux enchéres et adjudications publiques".

[3]) Loi du 3 mai 1841, art. 18 „Les actions en résolution, en revendication et toutes autres actions réelles, ne pourront arrêter l'expropriation ni en empêcher l'effet; le droit des reclamants sera transporté sur le prix, et l'immeuble en demeurera affranchi".

[4]) *A. Blanche*, eod. стр. 47.

Ко второй группѣ изслѣдователей юридической природы отношеній, устанавливаемыхъ на концедированные пути, принадлежитъ американскій писатель *Пирсъ* (Pierce), который даетъ описательное опредѣленіе тому положенію, занимаемому въ правѣ гражданскомъ рельсовыми путями. Согласно, господствующему въ англійскомъ и американскомъ правѣ раздѣленію системы гражданскихъ правъ на вещныя права относительно предметовъ недвижимыхъ (real estate) и личную собственность (personal property), куда относятся права на движимое имущество и обязательства, Пирсъ въ своей книгѣ „a treatise on the law of railroads" различаетъ, во первыхъ, правоспособность къ обладанію вещными правами на недвижимость [1]); во-вторыхъ, правоспособность пользоваться [2]) ими и, въ-третьихъ, правоспособность пользоваться личной собственностью [3]). Правоспособность къ обладанію вещными правами ограничена для концессіонера необходимымъ пользованіемъ компаніи землями для сооруженій, поэтому онѣ не имѣютъ права пріобрѣтать земель съ цѣлью спекуляціи или для выгоднаго помѣщенія капитала. Однако правоспособность компаніи концессіонеровъ обладать вещными правами на недвижимости можетъ быть шире той власти, которая имъ предоставляется въ признаваемомъ за ними правѣ экспропріаціи. Эта правоспособность включаетъ въ себѣ право компаній пріобрѣтать земли для устройства на нихъ жилыхъ строеній служащимъ на желѣзной дорогѣ, а также для сооруженія заводовъ, изготавляющихъ необходимыя для эксплоатаціи машины. Рѣшеніе вопроса о томъ вышла-ли компанія—концессіонеръ, пріобрѣтая вещныя права на недвижимости, за предѣлы правоспособности принадлежитъ государственной власти. Въ рубрикѣ о „правоспособности обладать вещными правами на недвижимыя имущества" (real estate) Пирсъ разсматриваетъ эту правоспособность съ внѣшней, количественной стороны, онъ указываетъ, что компанія—концессіонеръ не могутъ пріобрѣтать земли *болѣе* того, что имъ нужно для цѣлей осуществленія концедированныхъ имъ путей. Та же внѣшняя точка зрѣнія примѣняется имъ также относительно опредѣленія предѣловъ пользо-

[1]) *Pierce* a treatise an the law of railroads, Boston, 1881, стр. 506 „power to hold Real Estate".

[2]) *Pierce*, eod. стр. 507 „power to use Real Estate"'

[3]) *Pierce*, eod. стр. 508 „power to use Personal Property".

ванія компаніей—концессіонеромъ пріобрѣтенными ими вещными правами на недвижимости. „Компанія не имѣетъ тѣхъ же правъ на пользованіе землею, какъ обыкновенный собственникъ, но ихъ пользованіе ограничено тѣмъ, что требуется для цѣлей желѣзной дороги“ [1]).

Относительно правоспособности пользоваться личной собственностью (personal property), въ указанномъ выше смыслѣ этого термина въ англійскомъ и американскимъ правѣ, Пирсъ допускаетъ возможность для концессіонера временно уклоняться отъ такого пользованія, которое имѣетъ въ виду главное назначеніе желѣзныхъ дорогъ, т. е. содержаніе на нихъ подвижнаго состава въ такихъ размѣрахъ, которые удовлетворяли бы требованіямъ общественнаго движенія. Поэтому подвижной составъ желѣзнодорожной одной компаніи можетъ быть предоставленъ въ пользованіе другой, если временно онъ становится излишнимъ для первой.

Существо самого права концессіонеровъ на концедированные пути Пирсъ опредѣляетъ въ томъ мѣстѣ своего обширнаго труда о „желѣзнодорожномъ правѣ“, гдѣ онъ говоритъ о пріобрѣтеніи концессіонерами земель, необходимыхъ для сооруженія концедированнаго имъ пути. Въ главѣ VI „о покупкѣ права на путь и соглашеніяхъ съ собственниками земель“ [2]) Пирсъ разсматриваетъ природу пріобрѣтаемаго „права или интереса“. [3]). Здѣсь слѣдовательно Пирсъ неограничивается разсмотрѣніемъ одного внѣшняго вопроса о томъ, до какихъ предѣловъ могутъ концессіонеры осуществлять предоставляемыя имъ права, но онъ переходитъ къ разсмотрѣнію существа этихъ правъ. „Желѣзнодорожная компанія можетъ пріобрѣсти чрезъ покупку право на собственность (title in fee) относительно земель, необходимыхъ для ея пользованія, и передать тоже самое право (title). Она пріобрѣтаетъ собственность, какъ концессіонеръ по акту, предоставляющему землю въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ земля кон-

---

[1]) *Pierce*, eod. стр. 508 „the company has not the same right in the use of its location as an ordinary proprietor, but the use is limited to what is required for the purpose of the railroad“.

[2]) *Pierce*, eod. Chapter VI „purchase of right of way, and agraments with landowners“.

[3]) *Pierce*, eod. стр. 130 „Title or interest aquired“.

цедирована въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Она можетъ на основаніи закона передать другой корпораціи интересъ относительно земель, которыя она пріобрѣла чрезъ покупку для права на путь (right of way) съ тѣмъ, чтобы покупщикъ пользовался ею для того же назначенія. Актъ относительно права на путь, если нѣтъ очевиднаго намѣренія передать собственность, предоставляетъ вѣчное пользованіе (perpetual easement). Соглашеніе для желѣзнодорожныхъ цѣлей создаетъ квалифицированную или ограниченную собственность (qualified or determinable fee), подлежащую прекращенію если вещное право обращено на иное назначеніе“ [1]).

Нѣсколько далѣе Пирсъ называетъ право концессіонера на концедированный ему путь „постояннымъ интересомъ“ (permanent interest) [2])

Изъ приведеннаго опредѣленія существа права концессіонера, которое даетъ Пирсъ, мы можемъ вывести то заключеніе, что оно имѣетъ значеніе гражданскаго права, исключительно принадлежащаго концессіонеру, относящагося или къ понятію собственности, ограниченной назначеніемъ, которому долженъ служить концедированный путь, или, если изъ намѣренія концессіонера не явствуетъ, что онъ желаетъ пріобрѣсти путь въ собственность, то право на концедированный путь имѣетъ значеніе „вѣчнаго пользованія“ (perpetual easement) [3]). Итакъ слѣдовательно„ концедированный путь“ подлежитъ вещному праву (real estate) концессіонера, при ближайшемъ опредѣленіи котораго Пирсъ долженъ уклониться отъ установленныхъ вещныхъ институтовъ и назвать его „*квалифицированной, ограниченной собственностью, подлежащей отмѣнѣ*“—„ a qualified or determinable fee liable to be divested“, что несовмѣстимо съ господствующимъ понятіемъ о правѣ собственности, такъ какъ это право опредѣляется въ гражданскомъ кодексѣ, дѣйствующемъ въ большинствѣ цивилизованныхъ го-

---

1) *Pierce*, eod. стр. 130.

2) *Pierce*, eod. стр. 131.—*James Stephen*, New commentaries on the laws of England London, 1848, vol. I p. 223 „*A fee* in general signifies an estate of inheritance, being the highest and most extensive interest that a man can have in a feud“.

3) *James Stephen*, eod. vol. I p. 615, 655 „easements, tending to the convenience of the claimant, such as a right of way“.

сударствъ, въ смыслѣ „права пользоваться и распоряжаться вещами безъ всякаго ограниченія“ (ст. 544 code civil).

Изъ переданныхъ нами общихъ опредѣленій относительно положенія „концедированныхъ путей“ въ правѣ гражданскомъ той группы писателей, которые не находятъ возможности объяснить этотъ институтъ на основаніи положеній, заимствуемыхъ изъ теоріи „общаго гражданскаго права“, мы выносимъ не одинъ только отрицательный выводъ о томъ, что теорія общаго права гражданскаго безсильна разъяснить существо правъ, устанавливаемыхъ на концедированные пути, но мы приходили также къ высшей степени важному выводу положительному.

Этотъ положительный результатъ выраженъ въ словахъ гентскаго профессора Лорана, писавшаго бельгійскому министру юстиціи, представляя ему для внесенія на обсужденіе въ палаты представителей „предварительный проектъ пересмотра гражданскаго кодекса, что „образовалось *новое* право собственности, именно на концедированные пути“ [1]. „Новое право собственности“ столь рѣшительно провозглашаемое Лораномъ создаетъ на ряду съ существующими институтами вещнаго права „новый институтъ“, отличіе котораго отъ другихъ сходныхъ съ нимъ институтовъ отмѣчаютъ всѣ изслѣдователи того положенія, которое занимаютъ въ правѣ концедированные пути. Одни изъ нихъ, которыхъ мы отнесли къ первой группѣ изслѣдователей настоящаго института юридическаго, думаютъ объяснить положенія въ правѣ концедированныхъ путей на основаніи тѣхъ началъ, которыя выработали до сихъ поръ наука общаго гражданскаго права; другіе же указываютъ преимущественно на особенности положенія въ правѣ „концедированныхъ путей“, создающихъ относительно ихъ новый юридическій институтъ. Къ этому послѣднему направленію мы относимъ изслѣдованія *Бланша*, который признаетъ „особое владѣніе“ на концедированные пути и *Пирса*, опредѣляющаго существующее на нихъ вещное право концессіонеровъ въ значеніи „квалифицированной, ограниченной собственности, подлежащей отмѣнѣ“.

---

[1]) *F. Laurent*, Avant-prajet de révision du code civil, Bruxelles, 1882. Lettre à Monsieus le Ministre de la Justice, p. IV § 5 „*Une nouvelle propriété s'est formée, celle des voies concedées*“.

§ 4. Теоріи, объясняющія положеніе въ правѣ концедированныхъ путей по началамъ общаго гражданскаго права.

Въ тридцатыхъ годахъ французскій юристъ *Делало* (Ch. Delalleau) писалъ, что всѣ акты концессій представляютъ концессіонерамъ временное или вѣчное право пользованія на концедированный путь и его принадлежности, но что никогда не могло установиться соглашенія относительно предѣловъ этого права,— того характера, который ему слѣдовало бы присвоить,—ни даже относительно названія, которое ему должно дать [1]).

Обращаясь къ изученію тѣхъ правъ, которыя возникаютъ изъ концессіи, Делало говоритъ, что всѣ признаютъ за концессіонерами право пользованія, не смотря на то, что это пользованіе стѣснено почти со всѣхъ сторонъ; но концессіонеръ не имѣетъ права распоряжаться землями, занятыми подъ концедированный путь; въ особенности же онъ не можетъ распоряжаться ими неограниченно, такъ какъ это послѣднее право составляетъ необходимую принадлежность собственности [2]). Концессіонеръ имѣетъ право и обязанъ поддерживать въ исправности концедированный путь, но онъ не можетъ видоизмѣнить ни существо, ни способъ пользованія; онъ долженъ оставить вещи въ такомъ положеніи, въ которомъ онѣ должны были быть сдѣланы по предписанію правительственной власти; слѣдовательно концессіонеръ не имѣетъ на концедированный путь jus utendi и abutendi, которое составляетъ отличительную особенность права собственности. Правда, что всѣ собственники подлежатъ ограниченіямъ устанавливаемымъ по закону или въ силу административныхъ регламентовъ; но относительно права концессіонеровъ на концедированный имъ путь эти ограниченія доходятъ до такой степени, что они сохраняютъ только одно право пользованія тѣми предметами, которые входятъ въ содержаніе концессіи, съ обязанностью сохранить ихъ въ цѣлости. На основаніи ст. 578 code civil „право пользованія вещью съ обязанностью сохраненія вещи въ ея существѣ есть пользовладѣніе (usufruit)“ [3]). По этимъ соображеніямъ *Делало*

---

1) *Ch. Delalleau*, des droits des concessionaires de travaux publics, въ „Revue de législation“ publiée par Wolowsky, t. V, p. 140 (1836—7).

2) *Ch. Delalleau*, eod. стр. 140.

3) Переводчики code civil на русскій языкъ передаютъ слово „*usufruit*“ терминомъ „пользовладѣніе“.

(Delalleau) думаетъ, что концессіонеръ является узуфрукттаріемъ, пользовладѣльцемъ, а не собственникомъ тѣхъ предметовъ, относительно которыхъ осуществляется право пользованія [1]).

Противъ построенія института „концедированныхъ путей" сдѣланнаго Делало, Лоранъ представляетъ слѣдующее возраженіе. „Делало говоритъ, что право на концедированный путь есть дѣйствительное пользовладѣніе (usufruit), отсюда слѣдуетъ, что государство есть собственникъ этихъ путей. Допустимъ, что государство имѣетъ значеніе собственника, но это не буетъ обыкновенная собственность, такъ какъ концедированная линія составляетъ часть имущества, находящагося въ общественномъ пользованіи (domaine public), потому что эти пути не подлежатъ частному праву собственности, какъ говоритъ ст. 538 c. c. [2]), а то что не подлежитъ освоенію не можетъ быть предметомъ вещнаго права. Отсюда видно, что нѣтъ возможности примѣнять къ концессіи постановленія нашего гражданскаго права" [3]).

Послѣднее положеніе Лорана о томъ, что на концедированные пути не могутъ примѣняться вещныя права, еще ранѣе было высказано у Даллоза въ его Repertoire [4]), гдѣ въ статьѣ, помѣщенной подъ рубрикой „concession administrative", мы читаемъ, что „каналы и желѣзныя дороги не подлежатъ никакому вещному праву со стороны частныхъ лицъ, но они относятся къ государственнымъ путямъ". Будемъ-ли мы разсматривать „концедированные пути„ съ точки зрѣнія ихъ возникновенія или ихъ назначенія, нельзя не признать, что они необходимо принадлежатъ къ тому классу вещей, который законъ разсматриваетъ, какъ принадлежность государственнаго имущества (ст. 538 c. c.). Дѣйствительно, сооруженіе „концедированныхъ путей" предпринимается только исключительно въ интересѣ общественномъ; земли, по которымъ они прокладываются пріобрѣтаются посредствомъ

---

1) *Delalleau*, eod. стр. 141.

2) См. 538 code civil содержитъ слѣдующее постановленіе: „дороги, пути сообщенія и улицы, содержимые на счетъ государства; судоходныя и сплавныя рѣки; берега, намывы и обсохшія набережныя моря; порты, гавани, рейды и вообще всѣ части территоріи, которыя не могутъ состоять въ частной собственности, составляютъ собственность государства".

3) *Laurent* principes, t. VI. § 35.

4) *Dalloz*, Repertoire, sub v-o „concession administrative" § 108.

экспропріаціи, примѣняемой на основаніи общественной пользы; наконецъ „концедированные пути“ предназначены для общественнаго пользованія, такъ что никому не можетъ быть отказано въ пользованіи ими. Юридическое положеніе „концедированныхъ путей“ не можетъ измѣниться въ силу акта уступки, сдѣланной со стороны государства частному лицу или компаніи, предоставляющаго послѣднимъ право экспропріаціи земель, необходимыхъ для проведенія пути, право соорудить и эксплоатировать искуственное сообщеніе, открываемые для общественнаго пользованія. Правительственная власть въ государствѣ имѣетъ право отмѣнять право концессіонера по своему усмотрѣнію, если отъ этого можетъ выиграть общественный интересъ не прибѣгая при этомъ къ экспропріаціи концессіонера [1]).

Въ этомъ отношеніи правительственная власть дѣйствуетъ по усмотрѣнію, соображаясь исключительно съ тѣмъ, что выгоднѣе,— оставить-ли концедированный путь въ обладаніи концессіонера, или обратить его въ казенное завѣдываніе. Такъ какъ переходъ концедированнаго пути къ государству совершается помимо всякихъ формальностей экспропріаціи, то поэтому Даллозъ думаетъ, что концессіонеръ не имѣетъ вещнаго права на предоставленный ему въ пользованіе для сбора платы съ публики путь. „Если бы компанія имѣла значеніе собственника, то она не могла бы быть лишена своей собственности безъ соблюденія всѣхъ формальностей объ экспропріаціи. Если напротивъ за ней мы признаемъ одно владѣніе, имѣющее цѣлью сборъ платежа за пользованіе, то это право можетъ быть отмѣнено правительственной властью, обязанною лишь доставить за это вознагражденіе“ [2]).

Отрицая за концессіонерами возможность осуществленія вещнаго права на концедированный путь *Даллозъ* [3]), *Прудонъ* [4]), *Солонъ* [5]) и *Дюфуръ* [6]) признаютъ за ними „прекарное владѣніе“, на основаніи котораго они взимаютъ сборъ за пользованіе (droit

---

[1]) *Dufour*, traité de droit administratif, t. II, n-o 2833. *Cotelle*, droit administratif, t. 2. p. 643. *Dalloz*, Repertoire, concession administrative § 108.

[2]) *Dalloz*, eod.. § 108.

[3]) *Dalloz*, eod. § 108.

[4]) *Proudhon*, traité du domaine public, t. I, p. 281.

[5]) *Solon*, Repertoire des juridictions, v—o concessions, § 11.

[6]) *Dufour*, Traité de droit administratif, t. II p. 422 § 2823.

de péage). Дижонскій профессоръ *Прудонъ* (Proudhon), труды котораго пользуются большой извѣстностью во Франціи, въ изслѣдованіи своемъ о собственности государства (domaine public) высказываетъ предположеніе о томъ, что государство можетъ отчудить безъ всякихъ ограниченій частному лицу или компаніи внутренній искусственный путь сообщенія, обязавъ ихъ содержать на немъ движеніе для удовлетворенiи общественной въ немъ потребности. Такой актъ концессіи предоставитъ концессіонерамъ право взиманія сборовъ въ свою пользу за перевозку, согласно съ тарифомъ опредѣленнымъ и утвержденнымъ государственной административной властью. Концессіонеры взимаютъ сборы безъотчетно и не удѣляя изъ него никому ничего. Что же касается недвижимаго имущества, относительно его актъ концессіи не предоставляетъ концессіонерамъ неотмѣняемаго права собственности [1]) Но Прудонъ, не признавая за концессіонерами права собственности, думаетъ что они являются въ значеніи „прекарныхъ владѣльцевъ". Онъ излагаетъ свою мысль слѣдующимъ образомъ: „съ этой точки зрѣнія концессія, на какомъ бы основаніи она ни была совершена, будетъ всегда *отмѣняемымъ обязательственнымъ актомъ* и владѣніе концессіунеровъ относительно правительства будетъ всегда прекарно. Безъ сомнѣнія лишить ихъ владѣнія можно только тогда, когда будетъ уплачено имъ вознагражденіе, смотря по природѣ акта и по обстоятельствамъ; здѣсь все же будетъ только отмѣна акта концессіи, а не фактъ отчужденія, подчиненный формальностямъ, необходимымъ для правильности принудительнаго отчужденія на основаніи общественной пользы".

Свое мнѣніе Прудонъ опираетъ на текстѣ закона 21 вендеміера годъ V-й „que les grands canaux à l'usage du public font essentiellemen partie du domaine public; que les concession qui peuvent en avoir été faites ne peuvent faire obstacle aux mesures à prendre pour leur conservation, amélioration et agrandissement, sauf le droit des concessionnaires aux remboursement et indemnités qui peuvent leur être dus, et la continuation de leur jouissance jusqu'à l'acquittemeut entier et effectif". Приведенное постановле-

---

1) *Proudhon*, eod. t. I. p. 281 „quant à l'immeuble l'acte de concession ne les aura pas investis de l'incommutable propriété du sol".

ніе, во—первыхъ, относитъ „концедированные пути" къ разряду предметовъ, принадлежащихъ въ собственность государству (domaine public); во—вторыхъ, оно допускаетъ право правительства предписывать для сохраненія, улучшенія и расширенія концедированныхъ путей всѣ необходимыя мѣры; въ—третьихъ, за концессіонеромъ удержано одно только право на уплату слѣдующаго ему вознагражденія, въ обезпеченіе котораго онъ сохраняетъ пользованіе концедированными путями. Прудонъ считаетъ, что уплачиваемое концессіонеру вознагражденіе не имѣетъ значенія удовлетворенія его за принудительное отнятіе у него гражданскаго вещнаго права. Короче говоря, Прудонъ не допускаетъ здѣсь примѣненіе права экспропріаціи. Противъ этого положенія Делало возражаетъ говоря, что онъ напротивъ, думаетъ, что ни одинъ концессіонеръ не можетъ быть лишенъ своего права пользованія инымъ порядкомъ, чѣмъ собственникъ лишается своего имущества, это значитъ, что полезность такого лишенія должна быть признана особымъ закономъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ въ порядкѣ, обыкновенно соблюдаемомъ относительно экспропріаціи. Делало требуетъ далѣе, чтобы вознагражденіе концессіонеру, лишаемому пользованія концедированнымъ ему путемъ, было опредѣлено „спеціальнымъ жюри" и уплачено прежде, чѣмъ можно будетъ прекратить права концессіонера [1]).

Уподобленіе вознагражденія, уплачиваемаго концессіонеру, право пользованія котораго „концедированнымъ путемъ" прекращается, по требованію правительственной власти, тому удовлетворенію, которое дается экспропріату,—это уподобленіе, дѣлаемое у Делало, опровергается Даллозомъ, говорящимъ, что „для избѣжанія здѣсь всякихъ затрудненій, правительственная власть оговариваетъ въ условіяхъ концессіи свое право выкупа по прошествіи извѣстнаго числа лѣтъ. Тутъ же опредѣляется одновременно основанія для разсчета вознагражденія въ случаѣ выкупа" [2]).

Особенности акта концессіи, съ сущностью котораго мы познакомились выше въ главахъ 2-й и 3-й настоящаго изслѣдованія, преграждаетъ возможность примѣненія началъ права экспропріаціи по отношенію къ прекращенію дѣйствія концессіи на осно-

---

[1]) *Delalleau*, eod. стр. 146 in fine.

[2]) *Dalloz*, eod. § 108 in fine.

ваніи требованія правительственной власти. Подобное прекращеніе опредѣляется не на основаніи акта законодательнаго (Франція, Англія) или акта, исходящаго отъ верховной правительственной власти въ государствѣ (Пруссія), но оно предусмотрѣно въ соглашеніи, состоявшимся между концедентомъ и концессіонеромъ, и предоставлено усмотрѣнію перваго, налагая на него относительно концессіонера обязанности вознагражденія.

На это свойство концессій подлежать отмѣнѣ указываетъ Прудонъ въ цитированномъ выше сочиненіи. Онъ говоритъ: „концессія каналовъ, сдѣланная даже для подрядчиковъ, относится къ владѣнію каналомъ и пользованію сборами за судоходство скорѣе, чѣмъ къ отчужденію самаго канала, потому что учрежденія этого рода, находясь въ собственности государства (domaine public), естественно не подлежатъ отчужденію и дѣйствію давности до тѣхъ поръ, пока не измѣнится назначеніе земельнаго участка. Отсюда вытекаетъ тотъ выводъ, что всякаго рода отчужденія, которыя могутъ быть относительно ихъ совершены со стороны государства съ обязательствомъ для пріобрѣтателей или концессіонеровъ содержать ихъ въ исправности для общественнаго движенія,— не имѣютъ значенія дѣйствительныхъ актовъ продажи, совершающихъ окончательное отчужденіе или неотмѣняемое пріобрѣтеніе права собственности на земли. Наоборотъ, они имѣютъ значеніе только обязательственныхъ актовъ подлежащихъ, смотря по обстоятельствамъ, отмѣнѣ, послѣ уплаты вознагражденія пріобрѣтателямъ, которые до тѣхъ поръ осуществляютъ полномочія (les actions) хозяевъ, не будучи сами дѣйствительными поземельными собственниками, откуда слѣдуетъ, что даже тѣ каналы, которые концедированы на вѣчное время продолжаютъ всегда удерживать характеръ общественнаго пути сообщенія“ [1]).

Если считать концессію „обязательнымъ актомъ, подлежащимъ отмѣнѣ смотря по обстоятельствамъ“ [2]), то, не находя въ источникахъ дѣйствующаго гражданскаго права постановленій, опредѣляющихъ юридическую природу этого рода обязательствъ, мы должны будемъ допустить вмѣстѣ съ Даллозомъ [3]), что „концессія есть договоръ sui generis“, не отождествляемый ни съ однимъ

---

[1]) *Proudhon*, traité du domaine public, t. 3. p. 147.
[2]) *Proudhon*, eod. „actes d'engagement, revocables suivant les circonstances“.
[3]) *Dolloz*, Repertoire, v—o Concession administrative, § 100.

изъ тѣхъ договоровъ, о которыхъ говорятъ источники гражданскаго права. Концессія не имѣетъ значенія договора купли продажи, потому что она не предоставляетъ вотчиннаго права на концедированный предметъ, хотя, добавляетъ Даллозъ, она содержитъ иногда передачу извѣстнаго рода собственности (sorte de propriété). Концессія не подходитъ подъ понятіе подряда, потому что концессіонеръ имѣетъ гораздо болѣе значительныя, чѣмъ подрядчикъ общественныхъ работъ, права и обязанности. Концессію нельзя отнести къ разряду такихъ договорныхъ соглашеній, которыя не отмѣчены въ источникахъ дѣйствующаго гражданскаго права особымъ названіемъ,—къ понятію о договорахъ безъименныхъ (contractus innominatus), о которыхъ говоритъ напр. ст. 1107 французскаго гражданскаго кодекса [1]), потому что концессія имѣетъ собственное названіе, разъ на всегда ей данное, и подчинена положеніямъ, примѣняемымъ исключительно относительно ея одной. Изъ предшествующей главы мы могли убѣдиться, что эти положенія не собраны нигдѣ въ одинъ общій составъ, но что они разсѣяны во многихъ отдѣльныхъ законахъ и регламентахъ (Германія) [2]), или спеціальныхъ законодательныхъ актахъ (Англія) [3]), или содержатся въ административныхъ актахъ (Франція) [4]).

Разнообразіе источниковъ желѣзнодорожнаго права отразилось на неодинаковомъ положеніи въ правѣ предмета концессіи—уступленныхъ путей и на разнохарактерномъ значеніи учредительнаго для нихъ акта. Въ Англіи и Сѣверо-Американскихъ Штатахъ установилась такая система желѣзнодорожнаго права, по которой рельсовые пути находятся на правѣ частной собственности и въ эксплоатаціи частныхъ компаній [5]). Актъ концессіи имѣетъ

---

[1]) Всѣ договоры, имѣютъ ли они свое особое названіе или нѣтъ, подлежатъ общимъ правиламъ, составляющимъ предметъ настоящаго раздѣла“ Ст. 1107 с.с.

[2]) Handelsgesetzbuch, Viertes Buch, fünfter Titel, ст. 422—431, Von dem Frachtgeschäft der Eisenbahnen insbesondere“;—das Betriebs—Reglement für die Eisenbahnen Deutschlands vom 11 Mai 1874“.

[3]) Ср. перечисленные въ главѣ 3-й „желѣзнодорожные статуты“ Англіи. *Brawn and Theobald,* the law of Railways.

[4]) „Cahier des charges“, см. *Palaa* dictionnaire des chemins de fer, pag 184—205.

[5]) „Privateigenthum und Privatbetrieb der Eisenbahnen“ прямо признало относительно желѣзнодорожнаго права Англіи и Сѣверо-Американскихъ Соеди-

значеніе договора, заключеннаго между государственной властью и частной корпораціей, по которому послѣдняя приняла на себя обязательства предъ посторонними 3-ми лицами, публикой, относительно исправнаго содержанія движенія, не оказывая никому предпочтенія, а государственная власть предоставила ей исключительныя гражданскія права на отчужденную подъ рельсовый путь землю и на сборъ за пользованіе сооруженнымъ путемъ [1]). Съ такимъ преобладающимъ гражданскимъ характеромъ является желѣзнодорожное право только въ Англіи и въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ. Въ государствахъ Европы примѣняется „смѣшанная система" въ желѣзнодорожномъ правѣ, основанная на участіи двухъ факторовъ въ непосредственномъ осуществленіи и эксплоатаціи паровозныхъ линій—государства и частной предпріимчивости. Такимъ образомъ стало возможно такое явленіе, что право собственности на желѣзную дорогу принадлежитъ государству, а эксплоатація ея передана частной компаніи [2]). Типическимъ выразителемъ этой смѣшанной системы въ желѣзнодорожномъ правѣ является Франція, источники права которой признаютъ рельсовые пути государственными [3]), чего мы не видимъ въ законодательствѣ другихъ государствъ. Въ Швейцаріи паровозныя линіи считаются собственностью компаній, которымъ онѣ концедированы [4]). Что касается Германіи, то здѣсь

ненныхъ Штатовъ въ „объяснительной запискѣ къ законопроекту 1879 года о пріобрѣтеніи прусскимъ государствомъ нѣкоторыхъ частныхъ желѣзныхъ дорогъ" (Begründung des Gesetzentwurfos betreffend den Erwerb mehrerer Privateisenbahnen für den Staat), помѣщенной въ „Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten, 1879, Aktenstück № 5, стр. 34—74.

1) *Pierce*, a treatise on the law of railroads, Boston, 1881.

2) Statseigenthum und Privatbetrieb относится къ упомянутой выше запискѣ къ прусскому законопроекту 1879 о выкупѣ нѣсколькихъ рельсовыхъ путей ко второму типу желѣзнодорожныхъ отношеній, первый составляетъ исключительное обладаніе и эксплотація рельсовыхъ путей частными компаніями, какъ это узаконено въ правѣ Англіи и Сѣверо-Американскихъ Штатовъ. Ср. Stenographische Berichte des Hauses der Abgeordneten, 1879. № 5, Aktenstück, стр. 34—74.

3) „Les chemins de fer font partie de la grande voirie", art. 1. loi du 15 juillet 1845.

4) *Heusler*, Rechtsgutachten betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Allgemeinen. Моя статья „сан-готтардское желѣзнодорожное предпріятіе" въ Русскомъ Вѣстникѣ 1882, ноябрь.

десять лѣтъ тому назадъ извѣстный юристъ *Ауербахъ* писалъ слѣдующее: „для поднятія экономическаго значенія такъ называемыхъ преимущественныхъ облигацій и вмѣстѣ съ тѣмъ способности къ кредиту желѣзныхъ дорогъ, необходимо изданіе закона о залогѣ или ипотекѣ, который дастъ возможность болѣе легкимъ способомъ укрѣплять право поземельной собственности желѣзныхъ дорогъ, а также ихъ подвижной составъ, движимое имущество въ собственномъ смыслѣ,—совершать перезалогъ,—и, въ случаѣ надобности, этотъ законъ можетъ служить вѣрнымъ способомъ удовлетворенія за ссуженный капиталъ и проценты, обращая эксплоатацію желѣзной дороги въ пользу вѣрителей или же назначая ее въ публичную продажу“ [1]).

Ауербахъ требуетъ законодательнаго опредѣленія, во-первыхъ, правилъ для укрѣпленія „права поземельной собственности желѣзныхъ дорогъ“ [2]) и права собственности на принадлежащую имъ движимость, и, во-вторыхъ, порядка для ипотечнаго обезпеченія требованій облигаціонеровъ. По идеѣ Ауербаха желѣзнодорожное законодательство должно опредѣлить два рода вещныхъ правъ на рельсовые пути—1) права поземельной собственности и право собственности на движимость желѣзныхъ дорогъ, и 2) желѣзнодорожное залоговое право.

Относительно примѣненія послѣдняго изъ двухъ указанныхъ вещныхъ правъ къ рельсовымъ путямъ, т. е. права залога желѣзныхъ дорогъ, нѣтъ юридической необходимости, чтобы паровозныя линіи были признаны состоящими на правѣ собственности у концессіонеровъ. *Дернбургъ* [3]) въ обширномъ трудѣ своемъ о правѣ залогѣ по началамъ современнаго римскаго права говоритъ: „можно бы ожидать, что право отдавать въ залогъ ограничивается однимъ лишь собственникомъ, такъ какъ только собственникъ имѣетъ полноту власти распоряжаться надъ обладаемой имъ вещью. Однако римское право выступило за эти естественныя грани. Оно увидѣло себя принужденнымъ, по крайней мѣрѣ въ извѣстныхъ отношеніяхъ, нѣкоторыхъ лицъ разсматривать наравнѣ съ собственникомъ, и въ такомъ ихъ значеніи также и имъ предостав-

---

[1]) *Auerbach*, das Actienwesen, Frankfurt a. M. 1873 стр. 75,

[2]) *Auerbach*, eod. говоритъ о „das Grundeigenthums der Eisenbahnen“.

[3]) *Dernburg*, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd. I, § 26, стр. 218—19.

ляло ограниченное управомочіе къ залогу вещей.... Въ особенности дозволено эмфитевтическому владѣльцу и суперфиціарію, который имѣетъ равныя съ первымъ вещныя управомочія, отдавать въ залогъ служебный участокъ земли на время продолженія ихъ права". Эмфитевтическій владѣлецъ и суперфиціаръ отдаютъ въ залогъ не свое право пользованія, но вещь тѣлесную, потому что суперфиціаръ, имѣя, по анологіи съ правомъ собственности, относительно суперфиціарной вещи vindicatio utilis, получаетъ на эту вещь безусловное право господства, за нимъ поэтому мы должны признать управомочіе совершать вещныя распоряженія относительно предмета его обладанія [1]). Это объясненіе Дернбурга находитъ свое подтвержденіе въ источникахъ римскаго права, которые въ l. 16 § 2 D. de p. a. 13, 7 обосновываютъ дѣйствительность залога эмефитевтической или суперфиціарной вещи на томъ соображеніи, что „quia hodie utiles actiones superficiariis datur".

Источники римскаго права, далѣе, нигдѣ не говорятъ о залогѣ права эмфитефтическаго или суперфиціарнаго, но о зологѣ вещи. Такъ въ l. 16 § 2 D. de p. a. 13, 7 содержитъ постановленіе: „etiam vectigale *praedium* pignori dari placuit, sed et *superficiarium;* далѣе l. 15 D. qui pot. 20. 4. „etiam superficies in alieno solo *posita* pignori dari potest"; наконецъ l. 31. D. de pignoribus 20. 1 говоритъ объ отдачѣ такой земли въ залогъ ея владѣльцемъ: „is fundus a possessore pignori datus est".

Эмфитевтическій владѣлецъ и суперфиціаръ отдаютъ въ залогъ не свое право на вещь, но самую вещь, предоставленную имъ въ обладаніе, подобно тому, какъ они устанавливаютъ непосредственно относительно этой вещи сервитутъ, т. е. такое право, которое формально отлично отъ управомочій учредителя относительно вещи. Поэтому эмфитевтическій владѣлецъ и суперфіціаръ не ограничены въ томъ, что они въ правѣ далѣе отчуждать свои управомочія, но они могутъ ограничивать вещь вещными права-

---

1) *Dernburg,* eod. Bd. I стр. 220 и пр. 5. „weil der Prätor dem Superficiar eine *vindicatio utilis* der superficiarischen Sache nach Analogie der Eigenthumsklage zugesteht, weil dieser ein festes Herrschaftsrecht an ihr erhält, so müssen wir ihm auch die Befugniss zuschreiben dingliche Dispositionen über die Sache zu treffen".

ми. Слѣдовательно они могутъ установить непосредственно на вещь, находящуюся въ ихъ эмфитевтическомъ или суперфиціарномъ правѣ, залоговое право [1]). Правоспособность суперфиціарія отдавать въ залогъ предметъ своего права, Дернбургъ примѣняетъ для объясненія залога рельсовыхъ путей.

Дернбургъ относитъ желѣзныя дороги къ числу вещей, изъятыхъ изъ гражданскаго оборота (res extra commercium) [2]). Нерѣдко государство предоставляетъ ихъ частнымъ компаніямъ. Это совершается въ формѣ концессіи, управомочивающей къ ихъ сооруженію, такъ что компанія должна пріобрѣсти на свой счетъ земли, по которымъ должна пройдти желѣзная дорога. Иногда государство, какъ это мы видѣли во Франціи по закону 11-го іюня 1842 года, доставляетъ само необходимыя участки земли и принимаетъ на себя совершеніе техническихъ работъ, такъ что компаніи остается прокладка рельсовъ и доставка подвижнаго состава. Наконецъ государство сооружаетъ исключительно на свои средства рельсовый путь, снабжаетъ его подвижнымъ составомъ и передаетъ его тогда подъ формою купли въ эксплоатацію. Примѣръ послѣдняго рода права на рельсовый путь частной компаніи представляетъ Николаевская желѣзная дорога въ Россіи. „Всѣ эти видоизмѣненія не имѣютъ значенія относительно существа права“ [3]). Существо этого права состоитъ въ „продолжительномъ исключительномъ пользованіи“, не измѣняющемся отъ того, что иногда въ буквальномъ выраженіи концессіи оно обозначается, какъ собственность [4]).

Дернбургъ думаетъ, что „право пользованія“ (Benutzungsrecht) компаній концедированнымъ имъ рельсовымъ путемъ удобнѣе всего можетъ быть разсматриваемо по аналогіи съ институтомъ „superficies“. Компаніи поэтому принадлежатъ всѣ вещные иски въ защиту своего „право пользованія“: rei vindicatio, actio confessoria et negatoria. Но она въ правѣ распоряжаться желѣзной дорогой только согласно ея назначенію, она не можетъ поэтому приводить ее въ худшее состояніе. Подобно суперфиціару желѣз-

---

1) *Dernburg*, eod. Bd. I § 26, стр. 219.
2) *Dernburg*, Bd. 1. edo стр. 498.
3) *Dernburg*, eod. стр. 499.
4) *Dernburg*, eod. стр. 499 „ein dauerndes ausschliessliches Benutzugsrecht“.

нодорожная компанія въ правѣ отчуждать и закладывать предметъ своего права [1]).

Подвижной составъ, обстановка станціонныхъ зданій, въ случаѣ залога рельсоваго пути, разсматриваются въ значеніи его принадлежности. Залогодержатели имѣютъ actio hypothecaria utilis, они въ правѣ отчуждать желѣзную дорогу и передать пріобрѣтателю права залогодателя. Они также въ правѣ взять желѣзную дорогу въ собственное пользованіе и собирать съ нея доходы до покрытія суммы имъ должной съ причитающимися на нее процентами. Но они не въ правѣ разрушить желѣзную дорогу и продать ту землю, на которой она сооружена, подобно тому, какъ не можетъ этого сдѣлать залогодатель — желѣзнодорожная компанія [2]).

Къ разсмотрѣннымъ нами выше попыткамъ построенія того положенія, которое „концедированные пути" должны занимать въ правѣ гражданскомъ, присоединяется еще объясненіе, относящееся къ изучаемой нами группѣ теорій, пытающихся измѣнить юридическую природу „концедированныхъ путей" началами, выработанными существующей теоріей общаго гражданскаго права, — которое видитъ здѣсь право собственности на вещи, состоящія въ общественномъ пользованіи [3]). *Ваппеусъ* ставитъ вопросъ: должно-ли считать частныя желѣзныя дороги за res publicae extra commercium? и даетъ на него утвердительный отвѣтъ, если только государственная власть поставила условіемъ своего дозволенія (концессіи) обязательство, чтобы концессіонеръ постоянно держалъ желѣзную дорогу открытой для пользованія публики. Въ такомъ случаѣ дѣйствительно существуетъ устанавливаемое отъ государственной власти общественное пользованіе, дѣйствіе котораго состоитъ въ томъ, что, по крайней мѣрѣ, отрицательная сторона права собственности, состоящая въ правѣ собственника воспретить постороннему лицу пользованіе предметомъ его собственности, будетъ устранена изъ полноты власти распоряжаться своей собственностью. „Только поэтому частныя

---

1) *Dernburg*, eod. стр. 499 „wie der Superficiar kann sie veräussern und verpfänden".

2) *Dernburg*, eod. стр. 499.

3) *Wappäus*, zur Lehre von den dem Verkehr entzogenen Sachen, § 22 öffentliche Sachen im Eigenthum von Privatpersonen.

желѣзныя дороги имѣютъ значеніе res extra commercium", говоритъ Ваппеусъ, т. е. вслѣдствіе устраненія изъ права собственности, къ которому онъ причисляетъ отношеніе концессіонера къ концедированному пути, отрицательнаго момента, ограниченнаго по требованію государственной власти, открывшей концедированный путь для общаго пользованія [1]). Особенно характеристично для объясненія всего разсматриваемаго нами направленія въ изученіи юридической природы „концедированныхъ путей" полное безучастіе Ваппеуса къ тѣмъ особенностямъ, которыя выработаны источниками права относительно разсматриваемаго явленія въ правѣ. Ваппеусъ прямо говоритъ: „ihre sonstigen Verhältnisse, Zwecke, Organisation sind dabei ganz gleichgültig [2]). Для названнаго изслѣдователя всѣ спеціальные источники желѣзнодорожнаго права не имѣютъ существеннаго значенія. Для него рельсовые пути, какъ одинъ изъ видовъ „концедированныхъ линій", имѣютъ значеніе „вещей, въ общемъ пользованіи состоящихъ, и принадлежащихъ на правѣ собственности частнымъ лицамъ" (öffentliche Sachen im Eigenthum von Privatperssonen). Съ этой точки зрѣнія разсматриваемые „концедированные пути" различаются отъ вещей, состоящихъ въ общемъ пользованіи и принадлежащихъ государству или общественнымъ соединеніямъ тѣмъ, что частныя вещи, находящіяся in usu publico, главнымъ образомъ предназначаются для служенія на пользу ихъ собственника и только по особымъ основаніямъ образуются здѣсь сходныя съ сервитутами ограниченія правъ послѣдняго въ пользу права участія общаго. Наоборотъ вещи, обращенныя для общественнаго пользованія и принадлежащія государству или общественнымъ соединеніямъ, главнымъ образомъ предназначены для usus publicus, и „пользованіе собственности ставится назадъ" [3]). Въ обоихъ случаяхъ Ваппеусъ не выходитъ за предѣлы общаго понятія о правѣ собственности, различая только возможность большаго или меньшаго его ограниченія.

Всѣ разсмотрѣнныя нами теоріи „концедированныхъ путей",

[1]) *Wappäus*, eod. стр. 115—116 „Dadurch allein werden auch die Privatbahnen zu res extra commercium".

[2]) *Wappäus*, eod. стр. 116.

[3]) *Wappäus*, eod. стр. 114 „die Eigenthumsnutzung in den Hintergrund tritt".

составляющія первую группу въ ученіи объ юридическомъ значеніи этого рода „res extra commercium“ приводятъ къ двумъ результатамъ, одному — положительному и другому — отрицательному. Положительный выводъ, даваемый настоящими разнообразными построеніями того правоотношенія, которое создается „концедированными путями“, состоитъ въ томъ, что всѣ они признаютъ, что это правоотношеніе имѣетъ значеніе вещнаго права, и расходятся только въ ближайшемъ опредѣленіи, къ какому виду вещныхъ правъ слѣдуетъ причислить право концессіонера на концедированный ему предметъ. Мы видѣли въ научной литературѣ заявленное прямое требованіе о необходимости признать право поземельной собственности желѣзныхъ дорогъ и организовать относительно этой собственности ипотечное право съ цѣлью обезпечить облигаціонеровъ [1]). Общественное пользованіе, которому подлежатъ концедированные рельсовые пути, является въ значеніи сервитутнаго ограниченія права собственности, которое признаютъ за концессіонеромъ теоріи тѣхъ писателей, какъ напр. Ваппеусъ [2]), которые не входятъ въ разъясненіе постановленій источниковъ желѣзнодорожнаго права, относящихъ концедированные пути непосредственно къ числу государственныхъ [3]). Послѣднее положеніе приводитъ къ признанію государственнаго права на паровозныя линіи. Но даже здѣсь теоріи „концедированныхъ путей“ разсматриваемой нами группы допускаютъ вещное право концессіонеровъ, формулируя его, какъ право на чужую вещь, — ususfructus [4]), superficies [5]). Наконецъ отмѣняемость концессій по усмотрѣнію выдавшей ее государственной власти вызываетъ въ умахъ нѣкоторыхъ изслѣдователей представленіе о прекарно-владѣльческомъ отношеніи концессіонера къ концедированному ему пути [6]).

Отрицательный результатъ, къ которому приводятъ разсмотрѣнныя теоріи „концедированныхъ путей“ состоитъ въ томъ, что всѣ сдѣланныя здѣсь попытки объяснить на основаніи началъ

---

1) *Auerbach*, das Actienwesen, стр 75.

2) *Wappäus*, zur Lehre von den dem Verkehr entzogenen Sachen, стр. 114—17.

3) Loi du 15 juillet 1845, art. 1.

4) *Delalleau*, des droits des concessionaires de travanx publics, въ Revue de législation, publiée par Wolowsky, t. V. p. 140.

5) *Dernburg*, das Pfandrecht, Bd. I, стр. 498—499.

6) *Proudhon*, traité du domaine public, t. III p. 147.

общаго гражданскаго права правоотношенія концессіонеровъ къ концедированнымъ имъ путямъ, приводятъ къ сознанію того, что ни подъ одинъ изъ выработанныхъ общимъ гражданскимъ правомъ вещныхъ институтовъ нельзя подвести изучаемое отношеніе, но что здѣсь сложилось новое правоотношеніе, которое, выражаясь словами французскаго кассаціоннаго суда, „не можетъ быть безусловно подчинено принципамъ стараго права и гражданскому кодексу“ [1]). Въ „положеніи“, извлеченномъ изъ упомянутаго кассаціоннаго рѣшенія въ сборникѣ Даллоза, дѣлается прямое указаніе на особенное значеніе того отношенія, въ которомъ стоитъ концессіонеръ къ концедированному ему пути. Здѣсь мы читаемъ слѣдующее: „желѣзнодорожныя компаніи, управомоченныя эксплоатировать въ свою пользу концедированныя имъ дороги съ обязательствомъ наблюдать за ихъ сохраненіемъ, имѣютъ власть, вытекающую изъ этихъ правъ, — и обязательства предъявлять отъ своего имени иски о владѣніи, цѣль которыхъ устранить завладѣнія, совершенныя въ предѣлахъ концессіи. При этомъ не оказываетъ вліянія то, что онѣ не имѣютъ владѣнія animo domini, несовмѣстимаго съ правомъ собственности государства (le droit de propriété de l'Etat),—ихъ обладаніе, которое нельзя уподобить съ обладаніемъ нанимателя, не имѣетъ прекарнаго характера [2]), потому что оно является въ значеніи sui generis, которое ему дали новые, т. е. желѣзнодорожные законы“ [3]).

Отсюда дѣлается несомнѣнна необходимость отрѣшиться отъ выработанныхъ вещно-правовыхъ институтовъ въ общемъ гражданскомъ правѣ, непригодныхъ для формулированія правоотношеній концессіонеровъ къ концедированнымъ путямъ и обратиться, на основаніи желѣзнодорожнаго права, къ анализу отличительныхъ свойствъ этого отношенія, носящаго на себѣ характеръ вещный.

---

[1]) *Dalloz*, Recueil, 1868, I, 117.

[2]) Прекаріумъ понимается здѣсь не въ ограниченномъ значеніи, которое онъ имѣлъ въ римскомъ правѣ, но въ расширенномъ смыслѣ, указанномъ въ ст. 2236. с.с. Ср. гл. 1-ая настоящаго сочиненія.

[3]) *Dalloz*, Recueil, 1868. I, 117.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Положеніе въ правѣ гражданскомъ желѣзныхъ дорогъ на основаніи постановленій источниковъ желѣзнодорожнаго права.

§ 1. Причина недостаточности началъ общаго гражданскаго права для опредѣленія существа правъ концессіонера на концедированные пути.

Два вывода, одинъ отрицательный, другой положительный, къ которымъ насъ привело изученіе тѣхъ теоретическихъ объясненій, которыя опредѣляютъ, на основаніи началъ общаго гражданскаго права, свойство правоотношеній, примѣняемыхъ къ „концедированнымъ путямъ",—находятъ свое подкрѣпленіе въ двухъ замѣчательныхъ рѣшеніяхъ французскаго кассаціоннаго суда. Здѣсь мы найдемъ, во-первыхъ, признаніе того положенія, что концессіонеръ имѣетъ относительно концедированнаго ему пути извѣстнаго рода вещное право. Это соотвѣтствуетъ положительному выводу изъ расмотрѣнныхъ нами въ предшествующей главѣ ученій, допускающихъ вещное право концессіонера и расходящихся только въ ближайшемъ опредѣленіи рода этаго права, сообразно съ установленными въ общемъ гражданскомъ правѣ его различіями. Писатели, изслѣдованія которыхъ мы отнесли къ первой группѣ теоретическихъ построеній относительно опредѣленія положенія, занимаемаго въ правѣ гражданскомъ концедированными путями, не выходятъ за предѣлы признанныхъ, по началамъ общаго гражданскаго права, видовъ вещныхъ правъ и видятъ здѣсь или пользовладѣніе (ususfructus) концессіонера, или суперфиціарное и прекарное его отношеніе къ концедированнымъ линіямъ.

Другой выводъ—отрицательный, рѣзко высказывается въ рѣшеніяхъ высшаго суда Франціи, признающаго невозможность объ-

яснить, посредствомъ признанныхъ въ общемъ гражданскомъ правѣ вещныхъ институтовъ, то положеніе, которое создано для желѣзныхъ дорогъ постановленіями особыхъ источниковъ желѣзнодорожнаго права. Причина этой невозможности коренится въ той отличительной особенности концедированныхъ путей, по которой они имѣютъ значеніе не только имущества, сооруженнаго на средства концессіонера и подчиненнаго его господству, но что они вмѣстѣ съ тѣмъ относятся къ разряду имуществъ, принадлежащихъ государству и состоящихъ въ общественномъ пользованіи.

Относительно „концедированныхъ путей“ три права приходятъ въ столкновеніе: право концессіонера, право государства и право общественнаго пользованія однимъ и тѣмъ же имуществомъ. Изъ столкновенія этихъ трехъ видовъ правъ создается для „концедированныхъ путей“ то своеобразное положеніе въ правѣ гражданскомъ, которое, имѣя по отношенію къ концессіонеру свойство вещнаго права, не подходитъ ни подъ одинъ изъ созданныхъ въ общемъ правѣ гражданскомъ, институтовъ вещнаго права. Особенное вещное право концессіонера опредѣлено въ своемъ содержаніи постановленіями источниковъ желѣзнодорожнаго права, которыя должны быть приняты за основаніе при изслѣдованіи положенія, занимаемаемаго въ правѣ гражданскомъ концедированными путями.

Точкой отправленія для нашего дальнѣйшаго изслѣдованія послужатъ упомянутыя выше два рѣшенія французскаго кассаціоннаго суда, помѣщенныя въ извѣстномъ сборникѣ Даллоза.

Первое изъ этихъ рѣшеній [1]) въ конечныхъ своихъ результатахъ приводитъ къ слѣдующимъ положеніямъ:

1. Желѣзныя дороги, построенныя или концедированныя государствомъ, составляютъ собственность государства и не могутъ поэтому принадлежать концессіонернымъ компаніямъ, которыя имѣютъ ихъ только въ эксплоатаціи.

2. Слѣдовательно, право компаніи, ограниченное доходами отъ дороги, составляетъ исключительно право на движимость, уступка котораго подчинена налогу съ перехода движимостей.

Французскій кассаціоный судъ изъясняетъ ст. 1-ю закона 15-го іюля 1845, относящую желѣзныя дороги къ разряду государствен-

---

[1]) *Dalloz*, Recueil, 1861, I, 22—6.

ныхъ путей, въ томъ смыслѣ, что рельсовые пути составляютъ собственность государства,—и исправляетъ неправильное пониманіе суда первой степени, принимающаго законъ 15-го іюля 1845 года въ значеніи исключительно полицейскомъ, допуская за концессіонеромъ право собственности на концедированную ему линію. На ряду съ государственой собственностью, относительно желѣзныхъ дорогъ, кассаціонный судъ признаетъ за концессіонеромъ особое право на концедированный ему путь, характеризуя существо этого права свойствомъ движимости и не допускаетъ возможности узусфрукта, эмфитевзиса или иного аналогичнаго права въ пользу концессіонера. Резюмированное нами содержаніе рѣшенія кассаціоннаго суда находитъ свое подкрѣпленіе въ ближайшемъ знакомствѣ съ рѣшеніемъ, значеніе котораго для разъясненія положенія, занимаемаго въ правѣ „концедированными путями" заставляетъ насъ привести его in extenso.

„Сенскій трибуналъ изъяснялъ законъ 15 іюля 1845 года, какъ законъ полицейскій, составленный въ интересѣ общественной безопасности и сохраненія. Если желѣзныя дороги отнесены къ государственнымъ путямъ и въ этомъ отношеніи сравнены съ вещами, состоящими въ общемъ всѣхъ пользованіи (domaine public), то изъ этого не слѣдуетъ, чтобы право собственности на эти пути не принадлежитъ концессіонернымъ компаніямъ; права государства на желѣзныя дороги опредѣлены именно статьями 33 и 40 „тетради ограниченій" [1]), изъ которыхъ слѣдуетъ, что земли пріобрѣтенныя и сооруженныя части пути становятся собственностью государства только въ случаѣ неисполненія обязательствъ, возложенныхъ на концессіонеровъ или чрезъ переходъ (voie de

---

[1]) Art. 33 cahier des charges „Des réglements d'administration publique, rendus après que la compagnie aura été entendue, determineront les mesures et les dispotision necessaires pour assurer la police et l'exploitation du chemin de fer, ainsi que la conservasion des ouvrages qui en dépendent".

„Toutes les dépenses qu'entraînera l'execution des mesures prescrites en vertu de ces réglements seront à la charge de la compagnie".

„La compagnie sera tenue de soumettre à l'approbation de l'administration les reglements relatifs au service et à l'exploitation du chemin de fer".

Art. 40 eod. „Si l'explotation du chemin de fer vient à être interrompue en totalité ou en partie, l'administration prendra immédiatement, aux frais et risques de la compagnie, les mesures nécessaires pour assurer provisoirement le service".

subrogation) [1]) при окончаніи срока концессіи. Отсюда слѣдуетъ, что до наступленія этихъ условій, собственность желѣзной дороги находится въ рукахъ концессіонера, и что эта собственность, хотя ограничена и срочная (résoluble), тѣмъ не менѣе можетъ быть передана, оставаясь подъ тѣми же ограниченіями и правами государства, какъ сама концессія“.

Противъ толкованія сенскаго трибунала высказался кассаціонный судъ.

„Принимая во вниманіе, что, согласно словесному смыслу ст. 1-й закона 15 іюля 1845 года, желѣзныя дороги построенныя или концедированныя государствомъ принадлежатъ къ государственнымъ путямъ;—что онѣ, на этомъ основаніи, составляютъ принадлежность собственности государства и не могутъ поэтому принадлежать компаніямъ, имѣющимъ ихъ только въ эксплоатаціи;—что никогда нельзя было сомнѣваться въ правѣ собственности государства на желѣзныя дороги, имъ и за его счетъ построенныя;—что законъ ставитъ, и не безъ основанія, въ одинаковое положеніе желѣзныя дороги, построенныя компаніями концессіонерными;—что компаніи, обязавшись ихъ соорудить, принимаютъ лишь на себя подрядъ объ общественныхъ работахъ, исполняемыхъ по приказу, по планамъ, подъ наблюденіемъ и за счетъ государства, которое ихъ принимаетъ по окончаніи и вознаграждаетъ компаніи, концедируя имъ въ теченіи опредѣленнаго періода времени преимущественный сборъ на желѣзныхъ дорогахъ всѣхъ поступленій за пользованіе (péage) и за перевозку (prix de transport) съ пассажировъ и товаровъ, на основаніи тарифовъ, напередъ опредѣленныхъ между договаривающимися сторонами;—что слѣдовательно въ обоихъ случаяхъ, отождествленныхъ закономъ, право компаній, ограниченное произведеніями желѣзныхъ дорогъ, отдѣльное отъ собственности на эту желѣзную дорогу, непосредственно пріобрѣтенную для государства, нисколько непричастно къ значенію этого права на недвижимость;—что принадлежность желѣзныхъ дорогъ къ государственной собственности имѣетъ послѣдствіемъ, что пользованіе компаній, какъ бы оно ни было обширно и продолжительно, ни-

---

[1]) Art. 36. eod. „A l'epoque fixée pour l'expiration de la concession, et par le seul fait de cette expiration, le gouvernement sera subrogé à tous les droits de la compagnie sur le chemin de fer et ses dependances, et il entrera immédiatement eu jouissance de tous ses produits“.

когда не имѣетъ значеніе узусфрукта, эмфитевта или иного аналогичнаго права, содержащихъ разчлененіе государственной собственности, противное принципамъ, обезпечивающимъ ея сохраненіе и неприкосновенность;—что выраженія „условій концессій“ ни въ какомъ случаѣ не могутъ имѣть преимущества надъ несомнѣннымъ текстомъ закона 15 іюля 1845 года;—что, впрочемъ, условія концессій, правильно изъясненныя въ ихъ совокупности и согласно духу, въ которомъ они составлены,—не содержатъ ничего, несовмѣстимаго съ постановленіями этого закона;—что, поэтому, на какую точку зрѣнія ни стать, право компаній на желѣзную дорогу имѣетъ значеніе движимое, откуда слѣдуетъ, что рѣшая иначе и подвергая налогу пропорціональному, слѣдующему за переходъ недвижимаго, актъ, заключающій уступку правъ Соложи на желѣзную дорогу изъ Кармо въ Альби, сенскій трибуналъ нарушилъ законъ“.

Съ финансовой точки зрѣнія приведенное рѣшеніе кассаціоннаго суда благопріятно концессіонернымъ компаніямъ, такъ какъ оно слагаетъ съ нихъ „пропорціональный налогъ“, платимый при переходѣ недвижимости, подводя право на сборы съ желѣзной дороги къ правамъ, имѣющимъ значеніе движимаго имущества (les droits des compagnies sur les chemins de fer sont purement mobiliers).

Финансовое соображеніе, руководившее французскимъ кассаціоннымъ судомъ при постановленіи приведеннаго рѣшенія, не могло послужить поводомъ для ближайшаго изученія свойства того права, которое имѣетъ концессіонеръ на концедированный ему путь. Здѣсь достаточно было одного общаго опредѣленія существа этого права, относится-ли оно къ недвижимому или движимому имуществу, для установленія того, какой налогъ долженъ быть взимаемъ при переходѣ отъ концессіонера его права на другое лицо.

Другое рѣшеніе французскаго кассаціоннаго суда [1]) глубже анализируетъ правоотношенія концессіонера къ концедированному ему пути по поводу нарушенія, совершеннаго противъ его концессіи путемъ насильственнаго завладѣнія. Даллозъ, изъ сборника рѣшеній французскихъ судовъ котораго мы заимствуемъ

---

[1]) *Dalloz*, Recueil, 1868, I, 117.

приводимый здѣсь случай, выставляетъ слѣдующее положеніе, извлеченнное изъ существа постановленнаго рѣшенія:

„Желѣзнодорожныя компаніи, управомоченныя эксплоатировать въ свою пользу концедированныя имъ дороги съ обязательствомъ наблюдать за сохраненіемъ этихъ дорогъ, имѣютъ какъ слѣдствіе этого права и этого обязательства, власть предъявлять отъ своего имени иски о владѣніи, предметъ которыхъ устраненіе завладѣній, совершенныхъ въ предѣлахъ ихъ концессій: остается безъ вліянія, что онѣ не имѣютъ владѣнія animo domini, несовмѣстимаго съ правомъ собственности государства (le droit de propriété de l'Etat), — ихъ обладаніе (detention), которое нельзя уподобить съ обладаніемъ нанимателя, не имѣетъ характера прекарности, въ силу значенія sui generis, которое ему дали новые законы“.

Приведенный тезисъ, извлеченный изъ рѣшенія суда, анализировавшаго то положеніе, которое занимаютъ въ правѣ гражданскомъ „концедированные пути“, въ сжатой формѣ выражаетъ тѣ выгоды, къ которымъ привело насъ изученіе теоретическихъ объясненій концессіонныхъ отношеній. Право концессіонера на „концедированный путь“ является въ значеніи вещнаго права sui generis, вслѣдствіе того вліянія, которое на него имѣютъ постановленія спеціальныхъ источниковъ желѣзнодорожнаго права. На ряду съ этимъ правомъ концессіонера рельсовые пути находятся въ собственности государства и подлежатъ общественному пользованію. Всѣ эти три отдѣльныя стороны въ положеніи, созданномъ для концедированныхъ путей спеціальными источниками права приводятъ французскій кассаціонный судъ къ указанію слѣдующихъ отличительныхъ признаковъ въ правѣ концедированныхъ путей:

Безспорно, что желѣзныя дороги принадлежатъ къ государственнымъ путямъ и что онѣ, на этомъ основаніи, принадлежатъ къ собственности государства (domaine public) и что онѣ не принадлежатъ компаніямъ. На этомъ основаніи одно рѣшеніе сдѣлало выводъ [1]), что право компаній, ограниченное доходами съ дороги, не заключаетъ характера ни узуфрукта, ни эмфитевзиса, ни инаго аналогичнаго права, содержащаго въ себѣ разчлененіе

1) *Dalloz,* Recueil, 1861, I, 225.

права собственности, и что оно составляетъ исключительно право на движимость (un droit purement mobilier), уступка котораго подлежитъ налогу за переходъ вещей движимыхъ.—Въ силу того же положенія было рѣшено: 1) что желѣзная дорога не можетъ быть уступлена безъ разрѣшенія правительства [1]); 2) что она не можетъ быть предметомъ принудительнаго взысканія со стороны ни вѣрителей концессіонерной компаніи, ни прежнихъ собственниковъ земли [2]); 3) что желѣзнодорожныя компаніи не правоспособны для предъявленія вещнаго иска объ уничтоженіи сервитутовъ лежащихъ на земляхъ, заключающихся въ ихъ концессіи [3]); 4) что при пересѣченіи городовъ компаніи не могутъ быть подвергнуты расходамъ и сборамъ на мощеніе, которыя, въ силу мѣстныхъ обычаевъ, падаютъ на прилегающихъ владѣльцевъ къ улицамъ и общественнымъ путямъ [4]); 5) что онѣ не подлежатъ налогамъ съ имуществъ мертвой руки, установленнымъ закономъ 20 февр. 1849 [5]).

Съ того времени, когда состоялись рѣшенія французскаго кассаціоннаго суда въ шестидесятыхъ годахъ [6]), освобождавшія желѣзныя дороги отъ мѣстныхъ налоговъ на томъ основаніи, что онѣ принадлежатъ къ государственнымъ путямъ сообщенія—font partie de la grande voirie какъ выражается ст. I закона 15-го іюля 1845 о полиціи на желѣзныхъ дорогахъ, чрезъ двадцать лѣтъ позже въ сосѣднемъ государствѣ—въ Германіи произошло измѣненіе въ законодательствѣ относительно рельсовыхъ путей, которые признаны подлежащими обложенію налогами, взимаемыми въ пользу мѣстныхъ общественныхъ соединеній, напр. городскихъ обществъ.

Прусскіе министры финансовъ и внутреннихъ дѣлъ разослали 16-го сентября 1881 года оберъ-президентамъ отдѣльныхъ провинцій предписаніе (Erlass) [7]), въ которомъ сообщаютъ, что вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ желѣзныя дороги перешедшія къ

---

1) *Dalloz*, Recueil, 1859, I, 133.
2) *Dalloz*, Recueil, 1851. V, 78.
3) *Dalloz*, Recueil, 1857. II, 142.
4) *Dalloz*, Recueil, 1860, III, 45.
5) *Dalloz*, Recueil, 1854, III, 1.
6) *Dalloz*, eod. 1868, I, 117, 1860, III, 45.
7) Kölnische Zeitung, 1881, № 292, Freitag, 21 October.

государству, подлежатъ обложенію со стороны отдѣльныхъ „станціонныхъ общинъ" (Stationsgemeinden) общинными налогами (Communalabgaben) подвергнутъ былъ всестороннему разсмотрѣнію. На основаніи высочайшаго повелѣнія (allerhöchster Erlass) отъ 21 февраля 1880 года государственныя желѣзныя дороги, состоящія въ завѣдываніи одного правленія, должны считаться въ значеніи одного предпріятія. Чистый доходъ, доставляемый такими государственными желѣзными дорогами, обособленными въ отдѣльное предпріятіе и имѣющими особое правленіе, подлежитъ распредѣленію по числу „станціонныхъ общинъ" (Stationsgemeinden) съ цѣлью обложенія „общинными налогами" (Communalbesteuerung). Не подлежитъ сомнѣнію, продолжаетъ далѣе министерское предписаніе отъ 16-го сентября 1881 года, что примѣненіе положенія, выраженнаго въ Высочайшемъ повелѣніи 21-го февраля 1880 года, будетъ возбуждать затрудненія всякій разъ, когда произойдетъ перемѣна въ предѣлахъ отдѣльныхъ окружныхъ правленій для государственныхъ желѣзныхъ дорогъ. Съ этимъ вмѣстѣ измѣнится разсчетъ предмета, подлежащаго обложенію налогомъ, т. е. чистаго дохода, доставляемаго паровозной линіей, предѣлы которой измѣнены по отношенію къ управленію, въ которомъ онѣ находятся. Перемѣны произойдутъ также относительно числа податныхъ общинъ, которыя имѣютъ право облагать чистый доходъ, доставляемый государственной желѣзной дорогой, распредѣляя его по числу „станціонныхъ общинъ", число которыхъ измѣнится съ перемѣной въ предѣлахъ линіи, объединенной въ одномъ управленіи. Министерское предписаніе указываетъ на могущія здѣсь возникнуть затрудненія, но рѣшеніе ихъ ожидаетъ отъ законодательной дѣятельности прусскихъ палатъ.

Что касается тѣхъ частныхъ желѣзныхъ дорогъ которыя перешли къ государству, то министерское предписаніе 16-го сентября 1881 года оставляетъ ихъ въ томъ же положеніи, въ которомъ онѣ находились до выкупа ихъ государствами. „Вслѣдствіе этого чистый доходъ отдѣльныхъ желѣзнодорожныхъ предпріятій подлежитъ исчисленію фиктивно (in fingirter Weise), не обращая вниманія на происшедшія измѣненія въ дѣйствительности чрезъ огосударствленіе рельсовыхъ путей" [1]).

[1]) Erlass der Minister der Finanzen und des Innern vom 16-n Sept. 1881 Kölnische Zeitung, 1881, № 292.

Такимъ образомъ желѣзныя дороги, состоящія въ эксплоатаціи частныхъ компаній или государства, имѣютъ въ Пруссіи значеніе имущества, подлежащаго обложенію налогами въ пользу „станціонныхъ общинъ" (Stationsgemeinden), прилегающихъ къ рельсовому пути. Размѣръ налога исчисляется на основаніи чистаго дохода, доставляемаго линіей, состоящей или въ эксплоатаціи отдѣльнаго концессіонернаго общества, или въ завѣдываніи особаго правленія государственнаго.

Мы остановимся на другомъ моментѣ желѣзнодорожнаго права, который измѣнился сравнительно съ тѣмъ пониманіемъ положенія въ правѣ гражданскомъ рельсовыхъ путей, которое высказываетъ приведенныя выше рѣшенія французскаго кассаціоннаго суда [1]), не допускающія принудительнаго взысканія кредиторовъ концессіонерной компаніи относительно концедированнаго ей пути.

Новѣйшее законодательство относительно желѣзныхъ дорогъ склоняется къ широкому примѣненію „рельсоваго закладнаго права". Въ Австріи издается законъ 19-го мая 1874 года „bert. die Anlegung von Eisenbahnbüchern, die Wirkungen der an eines Eisenbahn eingeräumten Hypothekarrechte und die bücherliche Sicherung der Prandrechte der Besitzer von Eisenbahnprioritäts obligationen"; въ Швейцаріи принятъ законъ 24-го іюня 1874 года „über die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen auf dem Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft; въ Германіи внесенъ въ рейхстагъ законопроэктъ о правѣ залога на рельсовые пути [2]); наконецъ въ Англіи „compagnies clauses Act. 1845 года" § 41 допускаетъ обезпеченіе залогомъ желѣзныхъ дорогъ займовъ, совершаемыхъ концессіонерными компаніями. Форма установленія залоговаго права на рельсовые пути отличается особыми условіями, соблюденіе которыхъ необходимо для дѣйствительности самаго права [3]). Право залога распространяется на рельсовый путь со всѣми его принадлежностями въ значеніи единства, какъ на universitas rerum [4]). При обращеніи взысканія на удовлетвореніе

---

1) *Dalloz*, eod. 1868, I, 117, 1851, V, 78.

2) *Meili*, das Pfand-nnd Concursrecht der Eisenbahnen, Leipzig, 1879 стр. 4.

3) *Meili*, eod. стр. 19—33.

4) *Meili*, eod. стр. 65 „Es handelt sich also hier um die Verpfändungeiner universitas rerum oder einer Sachgesammtheit".

залоговѣрителей, требованія которыхъ обезпечѐны залогами желѣзной дороги, швейцарское и австрійское право исходятъ изъ соображенія объ удовлетвореніи не отдѣльныхъ взыскателей, но совокупности всѣхъ вѣрителей [1]). На этомъ основаніи Мейли [2]) говоритъ что въ швейцарскомъ желѣзнодорожномъ правѣ реализація права залога на рельсовый путь можетъ состояться только тогда, когда открытъ конкурсъ надъ желѣзнодорожной компаніей. Удовлетвореніе кредиторовъ, имѣющихъ залоговое право на паровозную линію совершается чрезъ обращеніе желѣзной дороги въ продажу [3]) на основаніи закона 24-го іюня 1874 г. въ Швейцаріи, или въ принудительное управленіе, которое допускается въ законопроектѣ германскомъ [4]).

Послѣ необходимаго отступленія, которое мы сдѣлали, прервавъ разсмотрѣніе рѣшенія французскаго кассаціоннаго суда [5]) съ цѣлью указать на то, что источники желѣзнодорожнаго права, въ противорѣчіе взглядамъ французской судебной практики, смотрятъ на рельсовые пути, какъ на имущество, подлежащее мѣстнымъ налогамъ, взимаемыхъ съ ихъ обладателей — государства или концессіонерныхъ компаній, а также способное быть предметомъ дѣйствительнаго закладнаго права, — мы перейдемъ къ разсмотрѣнію той части рѣшенія французскаго кассаціоннаго суда, въ которой анализируется природа владѣльческаго отношенія концессіонера къ „концедированному пути".

Признавая желѣзныя дороги государственными путями, французскій кассаціонный судъ ставитъ вопросъ: „слѣдуетъ-ли изъ этого, что компаніи не могутъ ограждать свое пользованіе посредствомъ владѣльческаго иска?"—и рѣшаетъ его въ утвердительномъ смыслѣ. „Во всякомъ случаѣ прекарность владѣнія компаній относительно государства не лишаетъ ихъ права путемъ владѣльческихъ исковъ требовать прекращенія нарушеній, совершаемыхъ частными лицами во вредъ компаніямъ. Прекарность владѣнія тогда только является препятствіемъ для возбужденія иска объ охраненіи владѣнія (complainte), когда она имѣетъ мѣ-

1) *Meili*, eod. стр. 89.
2) *Meili*, eod. стр. 78.
3) *Meili*, eod. стр. 97.
4) *Meili*, eod. стр. 106.
5) *Dalloz*, eod. 1868, I, 117.

сто относительно нарушившаго владѣніе". Обстоятельства дѣла, послужившаго поводомъ для разсматриваемаго рѣшенія французскаго кассаціоннаго суда, въ высшей степени несложны. Компанія желѣзной дороги между Парижемъ, Ліономъ и Средиземнымъ моремъ устроила отводный каналъ для проведенія въ прудъ, вырытый на землѣ, принадлежащей компаніи, воды изъ ручья, вытекающаго изъ смежнаго участка, принадлежащаго владѣльцу К. Желѣзнодорожная компанія находя, что смежный съ ней землевладѣлецъ К. нарушилъ ея владѣніе названными водами, совершивъ на своей землѣ работы, уклонившія ихъ отъ естественнаго ихъ теченія и препятствовавшія имъ доходитъ до отводнаго канала, сдѣланнаго компаніей для ихъ пріема,—предъявила противъ К. владѣльческій искъ о возстановленіи прежняго теченія водъ. По поводу этого дѣла членъ кассаціоннаго суда Колметъ сдѣлалъ докладъ, имѣющій характеръ юридической монографіи по вопросу о природѣ владѣнія концессіонеровъ имъ концедированными путями.

§ 2. Владѣніе концедированными путями.

Исходя изъ того положенія, что для предъявленія владѣльческаго иска необходимо доказать, что нарушенное владѣніе основано на правѣ собственности или его составныхъ частяхъ, докладчикъ въ кассаціонномъ французскомъ судѣ Колметъ думаетъ, что владѣльческіе интердикты принадлежатъ узуфруктуару, владѣльцу сервитута, эмфитевту, суперфиціарію. Арендаторъ, наниматель, обладающіе недвижимымъ имуществомъ прекарно [1]), имѣютъ относительно его личное, а не вещное право, поэтому они неправоспособны защищать свое обладаніе владѣльческими интердиктами. Желѣзнодорожныя концессіонерныя компаніи на основаніи неизмѣнной судебной практики французскихъ судовъ не имѣютъ на рельсовый путь никакого вещнаго права. Онѣ не имѣютъ на землю рельсоваго пути и его принадлежности ни права собственности [2]), ни узусфрукта, ни эмфитевзиса. Желѣзная дорога составляетъ собственность государство, неотчуждаемую и

---

1) См. 2236 с. с.

2) *Dalloz*, Repertoire, v-o Voirie par chemins de fer, n-o 185.

неподлежащую давности. Тѣмъ не менѣе докладчикъ полагаетъ, что есть полное основаніе причислить желѣзныя дороги къ числу такихъ предметовъ, обладатели которыхъ—концессіонныя компаніи, хотя и не имѣютъ право собственности на владѣемое недвижимое, тѣмъ не менѣе являются юридическими его владѣльцами. „Право, которое мы признаемъ за концессіоными компаніями, не можетъ быть подведено ни къ одному опредѣленному положенію гражданскаго кодекса; желѣзныя дороги суть созданія новыя и право, доставляемое концессіей компаніи имѣетъ значеніе sui generis, поразительно сходное съ правомъ узуфруктуарія, эмфитевта, суперфиціарія. Если желѣзнодорожныя компаніи не имѣютъ право собственности на рельсовый путь, то нельзя спорить противъ того, что онѣ получили отъ государства право его эксплоатировать въ свою исключительную пользу и что онѣ имѣютъ на него владѣніе и управленіе, наконецъ, что онѣ обязаны подъ своей. отвѣтственностью наблюдать за сохраненіемъ всего, что составляетъ предметъ концессіи. Если желѣзнодорожныя компаніи имѣютъ право управлять и пользоваться концедированными имъ путями, то онѣ обязаны содержать въ исправности пути, состоящіе въ ихъ владѣніи, а также всѣ принадлежности этихъ путей. Поэтому онѣ необходимо имѣютъ право и обязанность осуществлять владѣльческіе иски для прекращенія и устраненія тѣхъ нарушеній, которыя направлены противъ недвижимыхъ имуществъ, составляющихъ предметъ концессіи. Французскій юристъ *Біошъ* (Bioche) [1]) даетъ такую характеристику владѣльческихъ исковъ: „владѣльческій искъ есть только актъ управленія, его цѣль состоитъ по преимуществу въ томъ, чтобы недвижимое имущество содержалось въ исправности; онъ не касается права собственности; рѣшенія, постановленныя въ поссессорномъ процессѣ не устанавливаютъ ни титула, ни законной силы рѣшенія, когда споръ переходитъ въ петиторный“. Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что желѣзнодорожныя компаніи имѣютъ не только право, но что онѣ обязаны осуществлять владѣльческіе иски для защиты отъ всякаго нарушенія недвижимаго имущества, которымъ онѣ пользуются и управляютъ. Допустивъ владѣльческую охрану правъ концессіонера на концедированный путь, мы вмѣстѣ

---

1) *Bioche*, Traité des actions possessoires, § 24, 620.

съ тѣмъ должны отвергнуть выводъ, сдѣланный вышеприведеннымъ рѣшеніемъ французскаго кассаціоннаго суда, охарактеризовавшаго это право въ значеніи права на движимость, потому что современное право не знаетъ владѣльческой защиты относительно имущества движимаго.

Боньe [1]), основываясь на ст. 2279 французскаго гражданскаго кодекса, узаконяющей положеніе, что „по отношенію къ движимостямъ, владѣніе равносильно правооснованію“ [2]), отвергаетъ поссессорный искъ относительно возстановленія владѣнія движимостью и допускаетъ здѣсь только искъ петиторный о правѣ собственности. Этого же мнѣнія держатся большинство русскихъ процессуалистовъ, къ числу которыхъ мы отнесемъ Побѣдоносцева [3]) Муллова [4]) Анненкова [5]).

То обстоятельство, что право собственности на концедированные пути признается французской судебной практикой принадлежащимъ государству, такъ что концессіонеръ сохраняетъ лишь прекарное владѣніе на нихъ,—не препятствуетъ возможности поссессорной защиты владѣнія послѣдняго.

Бонжанъ [6]) (Bonjean) говоритъ: „не имѣетъ значенія, если владѣлецъ владѣетъ vi, clam, precario относительно 3-хъ лицъ, лишь бы его владѣніе было свободно отъ этихъ недостатковъ относительно противниковъ его въ дѣлѣ“. Это положеніе основано на прямомъ текстѣ источниковъ римскаго права: „qui precario fundum possidet is interdicto uti possidetis adversus omnes, praeter eum quem rogaverit, uti potest (l 17 D. de precario 43, 26).

Докладчикъ французскаго кассаціоннаго суда допускаетъ, что относительно владѣнія желѣзнодорожной компаніи концедированнымъ ей путемъ долженъ быть примѣненъ тотъ же принципъ. „Желѣзнодорожная компанія, говоритъ онъ, не могла бы предъявить поссессорнаго иска къ государству, относительно котораго ея владѣніе можетъ разсматриваться, какъ прекарное, но она

---

1) *Bonier*, Elements de procedure civile, стр. 364.

2) Art 2279 c. c. „en fait de meubles possessions vaut titre“.

3) Побѣдоносцевъ, Судебное руководство, тезисъ 111.

4) *Мулловъ*, Журналъ гражд. и уголовнаго права 1874, кн. 5, стр. 86.

5) *Анненковъ*, Опытъ комментарія къ уставу гражданскаго судопроизводства. Спб. 1878 стр. 83—4.

6) *Bonjean*, Traité des actions possessoires sous le droit romain, pag. 400.

это можетъ безъ сомнѣнія противъ 3-го лица, совершившаго нарушеніе ея владѣнія, относительно котораго она свободна отъ недостатковъ прекарности".

Въ заключеніи докладъ обсуждаетъ то возраженіе, по которому желѣзнодорожная компанія не имѣетъ права на защиту своего владѣнія „концедированными ей путями" на томъ основаніи, что она не можетъ имѣть „animus domini", потому что право собственности на рельсовые пути принадлежитъ государству. Докладчикъ опровергаетъ это возраженіе, требующее для предъявленія поссессорнаго иска „animus domini" на сторонѣ владѣльца, тѣмъ, что концессіонеру предоставляется право на искъ, вытекающій изъ права собственности, хотя онъ и не имѣетъ рельсовыхъ путей въ своей собственности, именно искъ о разграниченіи смежныхъ имѣній. Ст. 646 с. с. узаконяетъ, что „каждый собственникъ можетъ обязать своего сосѣда къ разграниченію смежныхъ имѣній. Разграниченіе производится на общій счетъ". Хотя концессіонныя компаніи не имѣютъ на „концедированные пути" владѣніе, основанное на animus domini, тѣмъ не менѣе „тетрадь ограниченій" предоставляетъ имъ искъ о разграниченіи ихъ земли отъ смежныхъ участковъ. Ст. 29 „тетради ограниченій" даетъ слѣдующее положеніе: Après l'achevement total des travaux, dans le délai qui sera fixé par l'administration, la compagnie fera faire à ses frais *un bornage contradictoire* et un plan cadastral du chemin de fer et de ses dépendances.... Les terrains acquis par la compagnie postérieurement au bornage général, en vue de satisfaire aux besoins de l'exploitation, et qui, par cela même, deviendront partie intégrante du chemin de fer, donneront lieu au fur et à mesure de leur acquisition à des *bornages supplémentaires* et seront ajoutés sur le plan cadastral".

Ст. 29 „тетради ограниченій" уполномочиваетъ концессіонныя компаніи, или скорѣе обязываетъ ихъ совершать на ихъ счетъ производство въ состязательномъ порядкѣ о разграниченіи всѣхъ участковъ, составляющихъ желѣзную дорогу, не обращаясь къ государству для защиты тѣхъ правъ, которыя могли бы быть нарушены этимъ производствомъ. „Если компаніи, заключаетъ докладчикъ французскаго кассаціоннаго суда Колметъ, обязаны совершать разграниченіе рельсовыхъ путей и ихъ принадлежностей, то можно-ли отвергать ихъ право защищать свое владѣніе,

представляя иски объ охраненіи или возстановленіи владѣнія въ случаѣ его нарушенія или захвата?“

На основаніи разсмотрѣннаго нами доклада французскій кассаціонный судъ постановилъ слѣдующій аррэ, который признаетъ за концессіонерными компаніями право на поссессорные иски въ защиту ихъ владѣнія концедированными имъ путями.

Аррэ кассаціоннаго суда: „принимая, что желѣзныя дороги суть явленіе новое и недавнее, что вслѣдствіе этого права концессіонерныхъ компаній на эти пути сообщенія не могутъ быть подчинены безусловнымъ образомъ принципамъ стараго права и гражданскому кодексу; — принимая, что кассаціонная жалоба тщетно утверждаетъ, что государство будучи одно собственникомъ желѣзныхъ дорогъ, компаніи неправоспособны къ предъявленію иска объ охраненіи владѣнія, для чего необходимо владѣніе animo domini; — принимая, что если компаніи не суть собственники концедированныхъ имъ путей, то нельзя сомнѣваться въ томъ, что онѣ получили отъ государства право эксплоатаціи ихъ въ свою пользу и что онѣ обязаны наблюдать, подъ своей отвѣтственностью, за сохраненіемъ всего того, что составляетъ предметъ концессіи; — принимая, что это право и эта обязанность содержатъ въ себѣ власть на предъявленіе поссессорныхъ исковъ, которые имѣютъ по преимуществу значеніе актовъ охраненія и управленія, — что осуществленіе этихъ актовъ можетъ одно обезпечить полноту пользованія компаній и охранить право государства, какъ собственника; — принимая, что законы концессій и акты, ихъ замѣняющіе или дополняющіе, не могли имѣть въ виду наложить на государство обязанность самому осуществлять вещные иски, что государство, дѣйствительно, было бы въ невозможности опредѣлить необходимость, или умѣстность предъявленія такихъ исковъ, чтобы подавить посягательства, которыя могутъ быть совершены на всю сѣть различныхъ желѣзныхъ дорогъ въ государствѣ; — принимая, впрочемъ, что если владѣніе компаніи имѣетъ значеніе прекарнаго относительно государства, то оно очевидно не имѣетъ этого недостатка относительно 3-хъ лицъ; — принимая, что прекарность владѣнія препятствуетъ предъявлять поссессорные иски только тогда, когда оно имѣетъ прекарное значеніе относительно нарушителя, но третье лицо не можетъ ссылаться на права государства для отвода поссессорнаго иска компаніи, основываясь

на ея прекарномъ владѣніи, опираясь на акты для 3-го лица совершенно чуждыя....“ На основаніи всѣхъ этихъ соображеній кассаціонный судъ пришелъ къ признанію за концессіонеромъ право на защиту своего прекарнаго, по отношенію къ государству, владѣнія концедированными путями посредствомъ поссессорныхъ исковъ противъ всякихъ нарушеній, исходящихъ со стороны постороннихъ лицъ.

§ 3. Права концессіонера на концессіонерованный путь на основаніи постановленій „тетради ограниченій“ (cahier des charges) во Франціи.

Каналы, дороги, рельсовые пути могутъ быть сооружены въ порядкѣ концессіонномъ. Изъ предшедствующаго изложенія мы видѣли, что теорія не выработала ничего положительнаго относительно того, кому принадлежитъ путь въ теченіи всего времени концессіи, какое значеніе имѣетъ право концессіонера? [1]) Слѣдуя въ дальнѣйшемъ изученіи постановленныхъ здѣсь вопросовъ тому сравнительно законодательному методу, который одинъ только даетъ возможность раскрыть природу столь недавно сложившагося правоотношенія, получившаго неодинаковое опредѣленіе въ законодательствахъ, спеціально относительно его образовавшихся въ разныхъ цивилизованныхъ государствахъ, мы разсмотримъ кому принадлежитъ право на концедированный путь на основаніи источниковъ желѣзнодорожнаго права во Франціи, Англіи и Германіи.

На основаніи постановленій, содержащихся во французской „cahier des charges“—„тетради ограниченій“,—всѣ земли, необходимыя для сооруженія желѣзной дороги и ея принадлежностей, покупаются и оплачиваются концессіонеромъ. Ст. 21 cahier des charges содержитъ слѣдующее постановленіе: „tous les terrains nécessaires pour l'établissement du chemin de fer et de ses dépendances, pour la déviation des voies de communication et des cours d'eau déplacés, et, en general, pour l'execution des travaux, quels qu'ils soient, auxquels cet établissement pourra donner lieu, *seront achetés et payés par la compagnie concessionnaire*“.

Положеніе, содержащееся въ приведенной ст. 21 „cahier des

---

[1]) *Laurent*, principes de droit civil, VI, § 29.

charges“, относительно того, что концессіонеръ „покупаетъ и уплачиваетъ за земли, необходимыя для сооруженія концедированнаго пути“ имѣетъ рѣшающее значеніе въ вопросѣ о томъ, кому принадлежитъ право собственности на „концедированные пути“? Собственникомъ земли, на которой сооружена желѣзная дорога, является концессіонеръ, который эту землю купилъ и уплатилъ за нее [1]). Но могутъ сказать, что, такъ какъ концедированные пути имѣютъ значеніе государственныхъ сообщеній, [2]) — концессіонеръ пріобрѣтаетъ земли для государства, отъ его имени. Ничего подобнаго не содержится въ постановленіяхъ, входящихъ въ составъ „cahier des charges“. Государство вмѣшивается въ акты пріобрѣтенія земель, необходимыхъ для проведенія концедированнаго пути, лишь настолько, чтобы выдать концессіонеру актъ концессіи, юридическая природа котораго разсмотрѣна нами въ главахъ 2-й и 3-й настоящаго изслѣдованія, и чтобы объявить, что сооружаемая концессіонная дорога имѣетъ общеполезное значеніе, и предоставить на этомъ основаніи концессіонеру право принудительной покупки нужныхъ для его предпріятія земель. Развитыя здѣсь положенія находятъ свое подтверждение въ ст. 22 „тетради ограниченій“ французскихъ желѣзныхъ дорогъ, которая содержитъ слѣдующее постановленіе: „l'entreprise étant d'utilité publique, la compagnie est investie, pour l'execution des travaux dependant de la concession, de tous les droits que les lois et réglements confèrent à l'administration, en matière de travaux publics, soit pour l'acquisition des terrains par voie d'expropriation, soit pour l'extraction, le transport et le dépôt des terres, materiaux, etc.; et elle demeure en même temps soumise à toutes les obligations qui derivent pour l'administration, de ces lois et reglements“. Слѣдовательно, говоритъ Лоранъ, компанія имѣетъ власть экспропріировать, — она покупаетъ и уплачиваетъ за экспропріированныя земли. Права покупщика нисколько не мѣняются оттого, состоится-ли покупка по добровольному соглашенію (de gré à gré), или будетъ-ли она совершена чрезъ принужденіе; — онъ во всякомъ случаѣ остается въ значеніи собственника [3]).

---

[1]) *Laurent*, eod. t. VI. § 29, стр. 47.

[2]) Art. I, loi du 15 juillet 1845 „les chemins de fer font partie de la grande voirie“.

[3]) *Laurent*, eod. t. VI. стр. 47 „c'est toujours lui qui est proprietaire“.

Желѣзная дорога, построенная за счетъ компаніи на землѣ, которая ей принадлежитъ, состоитъ въ ея правѣ собственности. Но это право собственности имѣетъ особую природу, потому что „концедированые пути“ имѣютъ общественное назначеніе, откуда слѣдуетъ, что собственность на нихъ ограничена, подчинена тому общественному пользованію, ради котораго совершена концессія. Концессіонеръ не только не можетъ измѣнить по своему усмотрѣнію назначеніе концедированныхъ путей, но онъ долженъ заботиться о такомъ ихъ содержаніи, чтобы они постоянно могли удовлетворять своему общественному служенію, подчиняясь въ этомъ отношеніи контролю административной власти. Ст. 34 cahier des charges узаконяетъ административный контроль надъ дѣйствіями концессіонерной компаніи, которой вмѣняется въ обязанность исправное содержаніе пути: „pour tout ce qui concerne l'entretien et les réparations du chemin de fer et de ces dependances l'entretien du materiel et le service de l'exploitation, la compagnie est soumise au contrôle et à la surveillance de l'administration“.

Право собственности концессіонерной компаніи проявляется въ ея правѣ на взиманіе сборовъ за пользованіе дорогой въ теченіи срока, установленнаго въ актѣ концессіи, обыкновенно продолжающагося на время 99-ти лѣтъ на основаніи ст. 35 французской „тетради ограниченій“. За тѣмъ по силѣ ст. 36 „cahier des charges“ во время, опредѣленное для прекращенія концессіи и на основаніи одного факта истеченія срока концессіи, правительство вступаетъ во всѣ права компаніи на желѣзную дорогу и на ея принадлежности и пользуется всѣми ея доходами. Какія права концессіонера на концедированный путь переходятъ съ истеченіемъ срока концессіи на государство, спрашиваетъ Лоранъ? Ст. 36 cahier des charges говоритъ, что къ государству переходятъ права компаніи на путъ и его принадлежности—„le gouvernement sera subrogé à tous les droits de la compagnie sur le chemin de fer et ses dépendances“, а это значитъ, что правительство преемствено получаетъ отъ компаніи ея право собственности на рельсовый путь и его принадлежности. Въ доказательство правильности своего комментарія ст. 36 cahier des charges Лоранъ аргументируетъ слѣдующимъ образомъ. На принадлежности рельсовыхъ путей концессіонерная компанія не имѣетъ инаго права, какъ право собственности; относительно желѣзной дороги

она имѣетъ до тѣхъ поръ пока продолжается концессія право взимать сборъ за пользованіе (droit de peage). Но это послѣднее право прекращается въ силу одного факта истеченія срока концессіи, поэтому концессіонная компанія, права которой переходятъ на государство, не можетъ уступить ему свое право на сборъ за пользованіе, которое прекратилось для нея. Остается допустить одно только, что cahier des charges, говоря о вступленіи государства въ право компаніи на концедированный путь, разумѣетъ переходъ права собственности отъ концессіонера къ правительству. Можетъ случиться, что концессіонерная компанія уступаетъ свое право на концедированный путь государству ранѣе истеченія срока концессіи. Такой договоръ называютъ выкупомъ, совершеннымъ государствомъ изъ обладанія концессіонера состоящаго въ его эксплоатаціи пути. Если государство выкупаетъ, то компанія продаетъ, значитъ, дѣлаетъ выводъ отсюда Лоранъ, она есть собственникъ. Выкупается не право на собираніе сбора за пользованіе, которое принадлежитъ компаніи до тѣхъ поръ, пока она пользуется той правоспособностью, которую ей предоставляетъ актъ концессіи,—выкупается то имущество, которое остается и послѣ того, когда концессія прекращена, односторонним актомъ ея отмѣны со стороны государства, т. е. самый концедированный путь, какъ вещь тѣлесная, имѣющая опредѣленныя внѣшнія границы и состоящая на правѣ собственности у концессіонера [1]).

Лоранъ проводитъ аналогію между тѣмъ положеніемъ, которое занимаетъ въ правѣ концедированный каналъ и рельсовый путь. Относительно перваго онъ ссылается на рѣшеніе французскаго суда, приведеннаго у Даллоза [2]), которое постановляетъ что „каналы могутъ быть въ частной собственности и въ тоже время подлежать вѣчному сервитуту, оставаясь доступными всѣмъ тѣмъ, кто этого будетъ требовать на основаніи регламентовъ и тарифовъ“.—„Ничто не мѣшаетъ, говоритъ далѣе рѣшеніе кассаціоннаго суда, каналу, прорытому частнымъ лицомъ или компаніей въ силу концессіи государства,—входитъ въ составъ принадлежностей собственности государства (dependance du domaine

---

1) *Laurent,* eod. t. VI § 29.

2) *Dalloz,* Recueil, 1866, I, 254.

public) и находиться въ рукахъ концессіонера на правахъ частной собственности".

Такимъ образомъ „концедированный каналъ" находится въ одно и тоже время въ собственности государства—(domaine public) и частнаго лица или компаніи. Лоранъ прямо признаетъ здѣсь *„двойную собственность"* (double propriété) и ставитъ далѣе вопросъ, какая часть въ этой двойной собственности будетъ принадлежать государству и какая частному лицу или компаніи? Въ принципѣ, концессіонеръ въ правѣ дѣлать изъ предмета своей собственности всякое такое пользованіе, которое совмѣстимо съ общественнымъ назначеніемъ концедированныхъ путей. Концессіонеръ, говоритъ Лоранъ, согласно къ практикой французскаго кассаціоннаго суда, можетъ установить сервитутъ на предметъ своей концессіи, если только этотъ сервитутъ не препятствуетъ общественному пользованію концедированнымъ путемъ. Концессіонеръ можетъ установлять сервитуты на предметъ концессіи потому что онъ собственникъ его, такъ какъ только собственникъ имущества можетъ установлять на него сервитутъ [1]).

Обри и Ро (Aubry et Rau) въ своемъ „курсѣ французскаго гражданскаго права" т. 2-й § 169 относятъ концедированные пути къ собственности государства (domaine public) въ томъ смыслѣ, что предметы этого рода не находятся вовсе въ гражданскомъ оборотѣ [2]).

Противъ этого ученія Лоранъ возражаетъ, говоря, что допущеніе права собственности на концессіонные пути коробитъ наши понятія [3]), но по мѣрѣ того, какъ возникали здѣсь новые вопросы, раскрывались новыя стороны въ трудной задачѣ, которую предстоитъ разрѣшить и надо замѣтить, что здѣсь невозможно абсолютное рѣшеніе [4]). Изъ предшествующаго 2-го параграфа настоящей главы мы видѣли, что концессіонеры имѣютъ право предъявлять для охраны своего владѣнія концессіоннымъ путемъ поссессорные иски. Лоранъ вполнѣ присоединяется къ этому выводу, мотивируя свое мнѣніе тѣмъ, что компаніи имѣютъ право

---

[1]) *Laurent*, eod. t. VI. стр. 51· Ср. *Baron*, Pandekten, Leipzig, 1879 § 167, стр. 261—3.

[2]) *Aubry et Rau*, cours de droit civil français, t. II, § 169, стр. 40.

[3]) *Laurent*, eod. t. VI. стр. 51.

[4]) *Laurent*, eod. t. VI § 32.

эксплоатировать концедированные имъ пути въ свою пользу, слѣдовательно имѣютъ право и даже обязаны наблюдать за сохраненіемъ всего, что составляетъ предметъ концессіи. Поссесорные иски имѣютъ существенное значеніе актовъ охраненія и управленія и это рѣшаетъ вопросъ въ пользу допущенія концессіонеровъ, обязанныхъ охранять концедированные имъ пути, къ предъявленію поссессорныхъ исковъ въ защиту предмета своего владѣнія.

Но Лоранъ идетъ далѣе того рѣшенія французскаго кассаціоннаго суда, содержаніе котораго разсмотрѣно нами было столь подробно выше въ § 2 настоящей главы, потому что говоритъ Лоранъ, оно составляетъ первый шагъ къ новому ученію о концедированныхъ путяхъ, но, продолжаетъ гентскій ученый, надо идти въ этомъ направленіи еще далѣе и признать за концессіонеромъ „*извѣстнаго рода собственность*" [1]. Это мнѣніе о допущеніи за концессіонеромъ извѣстнаго рода права собственности Лоранъ опираетъ на ст. 29 cahier des charges, предоставляющей концессіонеру право и налагающей даже на него обязанность размежевать тѣ земли, которыя заняты подъ желѣзную дорогу, отъ смежныхъ участковъ. Процессъ судебно-межевой является проявленіемъ права собственности на основаніи ст. 646 с. с., постановляющей, что „каждый собственникъ можетъ обязать своего сосѣда къ разграниченію смежныхъ имѣній". Сближеніе между размежеваніями, узаконенными въ ст. 646 с. с. и ст. 29 „cahier des charges", приводитъ къ принятію въ обоихъ случаяхъ одного и того права на предметъ отмежевываемый, т. е. права собственности.

Существенный моментъ въ правѣ собственности составляетъ право собственника распоряжаться предметомъ, на которое онъ имѣетъ господство. Относительно концедированныхъ путей, хотя концессіонеръ и не въ правѣ распоряжаться землями, занятыми подъ концедированный путь, въ томъ смыслѣ, чтобы отчужденные предметы были употреблены на другое назначеніе вмѣсто того, которое имъ указано въ актѣ концессіи, но онъ можетъ отчуждать свое право эксплоатаціи концедированнымъ путемъ съ согласія государственной власти.

Концессіонеръ не имѣетъ права измѣнять назначенія уступлен-

---

[1]) *Laurent*, eod. t. VI § 32.

ныхъ ему путей, и по общему правилу „nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet“ онъ не въ правѣ раздробительно, по участкамъ отчуждать въ постороннія руки отдѣльные участки изъ концедированнаго ему пути. Въ этомъ смыслѣ концедированнные пути неотчуждаемы и не подлежатъ дѣйствію давности [1]), Но если, говоритъ Лоранъ, аренда можетъ быть уступлена другому лицу, то тѣмъ болѣе тотъ родъ собственности, который мы признаемъ за концессіонеромъ. Очевидно, что покупщикъ получитъ здѣсь вещь, ограниченную тѣми стѣсненіями, которыя возникаютъ изъ концессіи.

Вслѣдствіе того, что право концессіонера на концедированное ему имущество принадлежитъ ему на основаніи уступки, исходящей отъ государственной власти, признавшей за нимъ концедированное право, точно также право пріобрѣтателя по преемству правъ концессіонера на концедированный путь должно быть утверждено за послѣднимъ по акту государственной власти. Государственная власть, доставляющая первоначальную концессію, должна также разрѣшить продажу ея [2]).

Допуская возможность отчужденія правъ концессіонера на концедированные пути, нельзя отвергать того, что имущество, подлежащее продажѣ, можетъ быть предметомъ, на который обращается взысканіе вѣрителей концессіонера. Взысканіе можетъ быть обращено на концедированный путь въ томъ же смыслѣ, въ какомъ можетъ быть дозволена продажа рельсоваго пути. Для этого, во-первыхъ, необходимо, чтобы отчужденіе концедированнаго пути, на который обращается взысканіе, совершалось въ цѣлости, потому что концессія, совершаясь на весь путь, въ силу этого нераздѣльна; во-вторыхъ, пріобрѣтатель концессіонныхъ правъ, отчуждаемыхъ для удовлетворенія взысканія вѣрителей концессіонера, для дѣйствительности своего пріобрѣтенія долженъ получить утвержденіе со стороны государственной власти. Принудительная продажа концессіи, подобно добровольному отчужденію, совершается подъ суспензивнымъ условіемъ, что государственная власть признаетъ новаго концессіонера.

Допущеніе отчуждать концедированный путь и обращать на не-

---

1) *Laurent,* eod. t VI § 33.
2) *Dalloz*, Recueil, 1859, I, 116.

го взысканіе кредиторовъ концесссіонера основано на томъ понятіи правъ послѣдняго, по которому компанія имѣетъ на рельсовые пути ограниченную собственность, подчиненную общественному назначенію концедированныхъ путей. Не подлежитъ сомнѣнію, что концессіонеръ не имѣетъ на уступленный ему путь того безусловнаго права собственности, о которомъ говоритъ ст. 544 гражданскаго кодекса: „право собственности есть право пользоваться и распоряжаться вещами безъ всякаго ограниченія, съ тѣмъ, однако, чтобы не дѣлать изъ нихъ употребленія законами или особыми правилами воспрещеннаго". Но концессіонеръ сохраняетъ на концедированное право упрамочія собственности за исключеніемъ тѣхъ ограниченій, которымъ онъ подчиняется въ виду общественнаго назначенія предмета своего обладанія. Допуская возможность такого ограниченнаго общественнымъ пользованіемъ права собственности, бельгійскій ученый Лоранъ примыкаетъ къ школѣ нѣмецкихъ писателей [1]), допускающихъ подобное построеніе, въ то время, какъ французскіе юристы [2]), говоря о domaine public думаютъ, что вещь, состоящая въ об-

---

[1]) *H. Wappäus,* zur Lehre von den dem Verkehr entzogenen Sachen, Göttingen, § 22 öffentliche Sachen im Eigenthum von Privatpersonen стр. 115- „Es lässt sich allerdings in manchen Fällen bei Privatsachen die Begründung des Gemeingebrauchs auf den ausdrücklich erklärten Willen des Eigenthümers zurückführen... Ob auch Privateisenbahnen als res extra commercium zu betrachten sein? Deis ist zu bejahen, vorausgesetzt dass den Unternehmern von Staatswegen als Bedingung ihrer Concession die Verpflichtung auferlegt ist, ihr Bahn der Benutzung des Publicums stets offen zu halten. Ср. тамъ-же на стр. 104 приведенныя обширныя цитаты писателей нѣмецкихъ, признающихъ право собственности на предметы, стоящіе въ общемъ пользованіи.—*Heusler*, Rechtsgutachten betrefend die rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Allgemeinen, Basel, 1877. стр. 11. „Privateisenbahnen als Privateigenthum einer Gesellschaft gebaut werden".—*Begründung des Gesetzenwurfs* betreffend den Erwerb mehrerer Privateisenbahnen für den Staat, въ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten in Preussen, 1879, Aktenstück zu № 5. стр. 34—74.

[2]) *Aubry et Rau*, Cours de droit civil français, Paris 1869, t. II, § 169, стр. 38 „les choses faisant partie du domaine public ne forment pas l'ob et d'un veritable droit de propriété. Elles ne sont dans le patrimoine de personne et restent exclues du commerce".—*Aucoc*, conférences sur l'administration, t. III, стр. 327. „le concessionnaire de chemin de fer n'a sur le sol du chemin qu'il a construit aucun droit de propriété, ni même aucun droit immobilier qui puisse être qualifié d'usufruit ou d'emphytéose".

щественномъ пользованіи, изъята изъ гражданскаго оборота въ томъ именно смыслѣ, что на нее не существуетъ никакого, даже ограниченнаго правомъ участія общаго, права собственности.

§ 4. Права концессіонера на концедированный ему путь на основаніи постановленій статурнаго права въ Англіи и закона объ экспропріаціи въ Германіи.

Въ Англіи экспропріантъ, пріобрѣтающій путемъ принудительнаго отчужденія земли, необходимыя для сооруженія концедированнаго ему пути, совершаетъ покупку на свой счетъ и на свои средства. Мало того, пріобрѣтающій земли для концедированнаго пути обязанъ въ точности обозначить ихъ границы на планѣ и обнести пріобрѣтенные участки межевыми знаками [1]).

На основаніи источниковъ желѣзнодорожнаго права частная желѣзнодоржная компанія, уполномоченна и въ силу частнаго парламентскаго акта (private bill) къ принудительному занятію необходимыхъ для нея земель, принадлежащихъ частнымъ лицамъ, дѣлаетъ имъ *заявленіе о вступленіи въ договоръ* (Notice to treat). Въ этомъ „заявленіи" (Notice) точно обозначаются количество и положеніе земель, потребныхъ для рельсоваго пути, причемъ, для большей точности, къ заявленію присоединяется планъ. На практикѣ планъ имѣетъ большое значеніе, такъ-какъ если въ немъ будетъ допущена ошибка, то компанія не имѣютъ права вступить во владѣніе невнесенными на планъ землями [2]).

„Заявленіе" объ экспропріаціи имѣетъ обязательное значеніе для частной компаніи, его сдѣлавшей, относительно тѣхъ лицъ, которыя владѣютъ землями, которыя предположено обратить подъ рельсовый путь. „Заявленіе" не допускаетъ для частной компа-

---

[1]) The Railways Clauses Act 1845, § 68 „The company shall make and all times thereafter maintain the following works for the accomodation of the owners and occupiers of lands adjoining the railway:... n. 2... sufficients *fences for separating the land taken for the use of thi railway from the adjoining lands not taken*". Ср. *Browne* and *Theobald*, the law of railway companies, London, 1881, стр. 282.

[2]) *Willlam Hodges*, A treatise on the law of Railways Companies and Railway Investments, fifth edition, London, 1869. стр. 207: „...for greater security a plan is generally annexed to the notice... If any mistake is made on the face of the plan, the company will be unable to enter on any lands which may be ommited".

ніи права отказаться отъ однажды сдѣланнаго ею требованія о принудительномъ занятіи земель: „заявленіе“ имѣетъ для заявившей компаніи значеніе „безповоротнаго акта“, относительно котораго, какъ выражается англійскій писатель *Годжесъ*, „нѣтъ мѣста отступленію“ — „there is no locus poenitentiae“. [1]).

Значеніе *заявленія о вступленіи въ договоръ* (Notice to treat), съ которымъ частная компанія обращается къ владѣльцамъ земель, подлежащихъ экспропріаціи, мы всего лучше усвоимъ себѣ изъ тѣхъ объясненій, которыя ему дали англійскіе-же юристы. Въ изслѣдованіи названнаго выше писателя *Годжеса* приведено мнѣніе *Паттерсона* (Patterson J.), который утверждаетъ, что „если это отношеніе, т. е. когда частная компанія сдѣлала заявленіе о вступленіи въ договоръ для пріобрѣтенія необходимыхъ для предпріятія земель, касается желѣзной дороги или иной частной компаніи, то не подлежитъ сомнѣнію, что отступленіе (return) было-бы недостаточно, потому-что сдѣлано заявленіе о томъ, что земля требуется и установлено соотвѣтственное право (claim), — договоръ совершенъ и между сторонами возникло отношеніе на основаніи купли. Если компанія не имѣетъ средствъ для уплаты за землю, то ей слѣдовало воздержаться отъ совершенія заявленія собственнику. Частная компанія, которой выдана концессія въ ея интересѣ, существенно отличается отъ коммиссаровъ, дѣйствующихъ на основаніи государственнаго акта (public act) для совершенія опредѣленныхъ работъ на пользу общую, подчинясь правительственной власти (executive goverцement). Принципы, въ силу которыхъ опредѣляется отвѣтственность частной компаніи, не примѣняются относительно такихъ коммиссаровъ. Существуетъ основаніе, чтобы признать заявленіе о вступленіи въ договоръ въ значеніи купли-продажи, если это заявленіе исходитъ отъ частной компаніи, которая имѣетъ право выбора земель, потому-что сдѣланное ей заявленіе выражаетъ рѣшеніе ея занять земли чрезъ покупку ихъ, чему судъ даетъ особое принудительное исполненіе, устанавливая взаимность обязательствъ поземельнаго собственника и частной компаніи. Но относительно государственнаго коммиссара (commissoncrs for the public), имѣющаго ограниченную правоспособность для занятія земель, обу-

---

[1]) William Hodges, id., стр. 207 въ концѣ.

словливаемую тѣмъ, что необходимое количество земель можетъ быть пріобрѣтено на опредѣленную сумму,—заявленіе о вступленіи въ договоръ для покупки должно быть объяснено въ томъ смыслѣ, какимъ оно является въ дѣйствительности. Коммиссаръ не можетъ увѣрять, что земля будетъ пріобрѣтена за исчисленную цѣну, хотя онъ и вступаетъ въ переговоры объ ея куплѣ. Коммиссаръ обязанъ, на основаніи закона, приступить къ договору, но это извратило-бы намѣреніе законодателя, если начатіе переговоровъ принято было за совершонный договоръ".

Приведенное мнѣніе англійскаго юриста устанавливаетъ рѣзкое различіе между экспропріаціей, совершаемой правительственнымъ коммиссаромъ въ интересѣ общественномъ и производимою частной компаніей непосредственно для своей выгоды. Различіе между правительственной и частноправной экспропріаціей выражается въ неодинаковомъ значеніи, приписываемомъ акту „заявленія о вступленіи въ договоръ относительно необходимыхъ для осуществленія предпріятія земель", смотря потому, будетъ-ли онъ исходить отъ правительственныхъ коммиссаровъ или отъ частной компаніи. Въ первомъ случаѣ „заявленіе" не имѣетъ обязательнаго значенія для сдѣлавшаго его представителя правительства, равно какъ оно не имѣетъ значенія и для самого правительства. „Заявленіе", дѣлаемое частнымъ владѣльцамъ земель, подлежащихъ правительственной экспропріаціи, имѣетъ значеніе приготовительной мѣры, направленной къ тому, чтобы развѣдать какую сумму придется уплатить за принудительно-отчуждаемыя изъ частнаго права земли.

Не таково значеніе „заявленія о вступленіи въ договоръ относительно необходимыхъ для осуществленія предпріятія земель", когда оно исходитъ отъ частной компаніи. Здѣсь все уже предварительно должно быть приготовлено для выполненія условій экспропріаціи, прежде нежели компанія представитъ частнымъ владѣльцамъ „заявленіе о вступленіи въ договоръ". Приготовленіе къ осуществленію права экспропріаціи частной компаніей не ограничивается выполненіемъ однихъ лишь формальныхъ требованій.

Недостаточно „частнаго парламентскаго билля", который даетъ компаніи правоспособность относительно принудительнаго отчужденія потребныхъ для осуществленія предпріятія частныхъ зе-

мель, для того, чтобы принудительная власть могла-бы быть приведена въ дѣйствіе (be put in force). Къ „частному биллю" должно присоединиться еще одно условіе, а именно: весь опредѣленный капиталъ компаніи долженъ быть въ дѣйствительности подписанъ и внесенъ. Доказательствомъ такого составленія капитала компаніи является свидѣтельство двухъ мировыхъ судей [1]).

Требованіе о дѣйствительномъ составленіи капитала компаніи, прежде нежели она приступитъ къ „заявленію" объ экспропріаціи необходимыхъ ей частныхъ земель, выражено въ ст. 16-й „своднаго поземельнаго акта 8-го мая 1845 года", въ которой постановлено слѣдующее положеніе:

„Если предположено осуществить предпріятіе посредствомъ капитала, собраннаго учредителями предпріятія (promoters of the undertaking) чрезъ подписку, то прежде нежели будетъ дозволено (lawful) привести въ дѣйствіе одно изъ полномочій настоящаго или спеціальнаго акта, или съ ними соединеннаго акта относительно принудительнаго занятія земли для нуждъ предпріятія,— необходимо, чтобы весь капиталъ былъ подписанъ, или требуемая сумма на покрытіе издержекъ предпріятія была обезпечена чрезъ посредство договора, обязывающаго къ уплатѣ всѣхъ суммъ или въ размѣрѣ подписаннаго стороны, ихъ наслѣдниковъ, попечителей, душеприкащиковъ" (8—6 Vict. c. 18. Sect. 16).

Капиталъ для уплаты за принудительно-занимаемыя земли долженъ быть предварительно дѣйствительно составленъ или: 1) чрезъ взносъ подписанныхъ денежныхъ сумъ, или 2) посредствомъ обязательныхъ договоровъ, идущихъ на уплату подписаннаго вполѣдствіи и обязательныхъ не только для подписавшихся сторонъ, но и для ихъ преемниковъ. Иначе говоря, капиталъ компаніи, составляемый чрезъ подписку, долженъ быть составленъ въ дѣйствительности, но онъ можетъ быть или наличный, или долговой, т. е. или онъ состоитъ изъ дѣйствительно-совершонныхъ взносовъ по подпискамъ, или онъ остается на долгу у подписавшихся. Но въ томъ и другомъ случаѣ капиталъ компаніи долженъ быть составленъ въ дѣйствительности путемъ подписки, оплаченной или остающейся въ видѣ обязательства на подпис-

---

[1]) *W. Hodges*, id., стр. 198: „A certificate from two justices, that the whole of the capital has been suscribed, is sufficient evidence thereof".

чикахъ и ихъ преемникахъ, прежде нежели компанія въ правѣ приступить къ требованію объ экспропріаціи.

Изложенное правило, составляя особенность англійскаго права экспропріаціи, даетъ обезпеченіе владѣльцамъ частныхъ земель, подлежащихъ экспропріаціи, въ томъ, что они будутъ въ дѣйствительности удовлетворены за отошедшія отъ нихъ земли. Обезпеченіе здѣсь представляетъ тотъ капиталъ компаніи, который долженъ быть составленъ прежде, нежели она въ правѣ будетъ сдѣлать „заявленіе" объ экспропріаціи.

Англійское желѣзнодорожное право относитъ къ праву собственности концессіонера на концедированный путь предотавленное ему пользованіе доходами приносимыми желѣзной дорогой. Ст. 49 одного изъ главнѣйшихъ желѣзнодорожныхъ статутовъ, —„the Railways Construction Facilities Act, 1864, содержитъ слѣдующее постановленіе: *the proprietors* of the railway may demand and take, in respe of the railway, *tolls* aud *charges* not exceeding the sums specified in the shedule to this Act".—Концессіонеръ рельсоваго пути въ правѣ отдать ее въ аренду другому лицу. Ст. 112 Railways clauses Act 1845 года говоритъ объ отдачѣ въ аренду самаго рельсоваго пути, а не только объ уступкѣ права сбора съ желѣзной дороги: „lease the railway to any company or person". Далѣе ст. 113 того же „своднаго желѣзнодорожнаго акта „опредѣляетъ содержаніе предоставленнаго въ аренду пользованія рельсовымъ путемъ: „such leas shall entitle the company or person to whom the same shall be granted *to the free use of the railway*.... and during the continuance of any such lease all the *powers and priviledges granted*... wich regard to the possession enjoyment and menagement of the railway, and the tolls to be taken thereon, shall be exercised and enjoyed by the lesee". Арендатору, слѣдовательно, предоставляется, во-первыхъ, свободное пользованіе концедированнымъ путемъ; во-вторыхъ—владѣніе, пользованіе и управленіе и взиманіе доходовъ съ рельсоваго пути. Одинъ только *собственникъ* можетъ предоставить въ пользованіе такую полноту правъ относительно отдаваемой въ аренду вещи.

Наконецъ концессіонеръ имѣетъ право закладывать концедированный ему путь. Въ источникахъ англійскаго желѣзнодорожнаго права ст. 41. „companies clauses act 1845 года" дозволяетъ

обезпеченіе займа залогомъ рельсовыхъ путей [1]). Залогъ на желѣзную дорогу устанавливался въ формѣ торжественнаго акта— „*deeds* , образецъ котораго приложенъ къ ст. 41 „companies clauses act. 1845". Изъ буквальнаго содержанія той формы, въ которой совершается залогъ концедированнаго пути, выясняется, что компанія *передаетъ* вѣрителямъ *предпріятіе* и всѣ сборы и доходы, имъ доставляемые, а также всѣ права и интересы, которыя имѣетъ относительно его компанія, до тѣхъ поръ пока не уплаченъ будетъ долгъ. Залогъ, устанавливаемый на рельсовый путь, не можетъ нарушить главнаго его назначенія, служить общественному пользованію [2]). Изъ этого Мейли дѣлаетъ тотъ выводъ, что въ англійскомъ правѣ, когда говорится о залогѣ предпріятія—undertaking, то здѣсь надо имѣть въ виду, что залогъ касается не рельсоваго пути, какъ особой вещи [3]). Соблюденіе установленной въ ст. 41 „companies clauses act. 1845" формы для совершенія залога рельсоваго пути обезпечено санкціей, введенной чрезъ статутъ „railway companies securities act" 10 августа 1846, карающей уголовнымъ наказаніемъ директоровъ желѣзнодорожныхъ компаній, дозволившихъ себѣ отступить отъ узаконенной формы залога концедированныхъ путей [4]). Тѣмъ не менѣе въ Англіи не введены желѣзнодорожные ипотечные книги, какъ это существуетъ въ Австріи и Швейцаріи и проектируется въ Германіи [5]). Контроль надъ займомъ, заключаемымъ концессіонер-

---

[1]) *The Companies Clauses Act*, 1845, Sect. 41 „Every mortgage and bond for securing money borrowed by the company shall be by *deed* under the common seal of the company, duly stamped, aud wherein the consideration shall be truly stated, and every such mortgage deed or bond may be according to the form in the schedule to this act annexed, or to the like effect". Cp. Browne and Theobald, eod. стр. 87.

[2]) *Hodges*, law of Railways, 6 изд. (1876) стр. 121. „The undertaking pladged in such mortgage is the going concern created by the act, which cannot be broken up by mortgage".

[3]) *Meili*, das Pfand-und Concurs-Recht der Eisenbahnen, Leipzig, 1879, стр. 32 „unter dem Ausdruck „undertaking" war nicht der Bahnhöinper zu verstehen".

[4]) *The Railway Companies Securities Act*. 1866, § 15 „if any railway company deliver any such *mortgage deed* without such a declaration.... they shall for every such offence be liable to a penalty not exeeding twenty pounds."

[5]) *Meili* eod. стр. 33, Bundesgesetz über die Verpfändung der Eisenbahnen auf dem Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft, 24 Juni 1874, § 5:

ными желѣзнодорожными компаніями, состоитъ въ томъ, что онѣ обязаны каждое полугодіе представлять отчеты въ Board of trade о состояніи своихъ долговыхъ обязательствъ [1]).

При обращеніи вѣрителями, требованія которыхъ къ желѣзнодорожной компаніи обезпечены залогомъ концедированнаго пути, взысканія на желѣзнодорожное предпріятіе они не въ правѣ наложить арестъ на движимость и подвижной составъ рельсоваго пути, ибо этимъ могло бы быть нарушено его главное назначеніе служить для удовлетворенія общественной потребности въ передвиженіи. Ст. 4 an act to amend the law relating to Railway companies 20-th august 1867 узаконяетъ, что: „the engines, tenders, carriages trucks, machinery, toals, fittings, materials and effects.... shall not, after their railway or any part thereof is open for publis traffic be liable to be taken in execution at law or in equity....“ [2])

Мейли комментируетъ приведенное постановленіе слѣдующимъ образомъ. „Изъ цитированнаго положенія слѣдуетъ, что послѣ изданія закона 1867 года августа 20 не дозволяется взятіе по суду подъ залогъ или наложеніе ареста на подвижной составъ и другіе предметы, принадлежащіе желѣзной дорогѣ, будетъ ли она находиться въ эксплоатаціи или не будетъ. Напротивъ того вѣрителю предоставляется право требовать отъ суда назначеніе управителя или сборщика, который обращаетъ доходъ за покрытіемъ издержекъ эксплоатаціи на уплату вѣрителямъ“ [3]). Ст. 4 закона 20-го августа 1867 года говоритъ о назначеніи „a receiver and a manager.... and all money received by such receiver or manager shall after due provision for the working expenses of the railway, be applied and distributed.... in payment of the debts of the company....“

Наконецъ правоспособность желѣзнодорожной компаніи отчуж-

„über die Verpfändung von Eisenbahnen ist ein besonderes Pfandbuch anzulegen“. Въ Австріи въ 1879 году 12 мая изданъ законъ „betreffend die Anlegung von Eisenbahnbüchern“. Относительно Германіи Мейли говоритъ, стр. 4 eod. „die deutsche Reichsgesetzgebung hat nun mit den vorwürfigen Fragen beschäftigt und es liegt gegenwärtig ein Gesetzentwurf dem Reichstage vor“.

1) *„The Railway Companies Securities Act“*, 1866 § 3—6 и приложенія.

2) *Browne and Theobald*, Law of Railway Companies, London, 1881, стр. 548.

3) *Meili*, eod. стр. 52.

дать посороннимъ лицамъ концедированный ей путь нормированъ въ парламентскомъ статутѣ, изданномъ 4-го августа 1845 года и извѣстномъ подъ названіемъ „an Act to restrict the Powers of selling or leasing Railways contained in certain Acts of Parlament relating to such Railways“ [1]). Приведенный статутъ содержитъ общее положеніе о томъ, что хотя въ разныхъ актахъ парламента принято правило относительно желѣзныхъ дорогъ, предоставляющее желѣзнодорожнымъ компаніямъ общую правоспособность отчуждать чрезъ продажу концедированный имъ рельсовый путь, а также отдавать его въ арендное содержаніе, — но это право должно быть ограничено. Поэтому законъ 4-го августа 1845 года (8—9 Vict. c. 96) запрещаетъ компаніи, являющейся собственникомъ желѣзной дороги [2]), продавать и покупать, отдавать и принимать въ арендное содержаніе рельсовые пути, если въ актахъ учрежденій этихъ компаній это право отчужденія и распоряженія паровозными линіями прямо за ними не признано [3]).

Изъ разсмотрѣнныхъ на основаніи источниковъ статутарнаго желѣзнодорожнаго права въ Англіи правъ концессіонерныхъ компаній относительно концедированнаго ей рельсоваго пути слѣдуетъ, что компаніи имѣютъ всѣ существенныя управомочія, составляющія содержаніе права собственности. Онѣ владѣютъ отмежованнымъ отъ смежныхъ земельныхъ участковъ пространствомъ земли, находящимся подъ желѣзной дорогой,—пользуются доходами отъ нея,—имѣютъ право отдавать рельсовый путь въ арендное содержаніе, устанавливать относительно его залоговое право для обезпеченія долговыхъ требованій своихъ кредиторовъ, наконецъ концессіонерная компанія въ правѣ отчуждать рельсовый путь въ постороннія руки.

Право собственности концессіонерной компаніи на концедиро-

---

1) *Browne and Theobald*, law of railway companies, стр. 337 и Railway leasing Act, 8—9 Vict. c. 96.

2) 8—9 Vict. c. 96. „company of proprietors of any railroad“ говоритъ приведенный статутъ.

3) *Railway leasing act*, 8—9 Vict. c. 96: „it schall not be lawful for the company of proprietors of any railway to make a grant.... a sale, lease, or other transfer of any railway, unless under authority of a distinct provision in some act of parliament to that effect specifying by name the railway to be so leased, sold, or transferred ...“

ванный ей путь имѣетъ мѣсто не только въ силу предоставленной ей со стороны верховной власти въ государствѣ концессіи, но даже въ томъ случаѣ, когда рельсовый путь состоитъ въ обладаніи ненадлежащимъ образомъ создавшагося общества, тогда также оно имѣетъ значеніе его собственника. Справедливость высказаннаго здѣсь положенія подтверждается буквально смысломъ ст. 32 парламентскаго статута, извѣстнаго подъ именемъ „an Act to facilitae in certain Cases the obtaining of further Powers by Companies 29-го іюля 1864 [1]), гдѣ содержится постановленіе, что правила настоящаго статута примѣняются относительно собственниковъ желѣзной дороги, хотя бы они не имѣли корпоративнаго значенія компаніи [2]).

Въ англійскомъ желѣзнодорожномъ правѣ названіе собственника, даваемое въ статутахъ концессіонернымъ компаніямъ относительно концедированныхъ имъ рельсовыхъ путей, и содержаніе управомочій концессіонеровъ, вполнѣ покрываютъ другъ друга и нѣтъ мѣста, подобно тому, какъ это мы видѣли въ правѣ французскомъ, для установленія столь искусственнаго и непривычнаго для цивилистовъ понятія „двойственной собственности", къ которому прибѣгаетъ Лоранъ [3]) для объясненія существъ права концессіонера на уступленный ему путь, который по тексту закона имѣетъ значеніе вмѣстѣ съ тѣмъ государственнаго пути сообщенія [4]). Въ англійскомъ правѣ право собственности концессіонера на концедированный ему рельсовый путь можетъ прекратиться однимъ только способомъ, чрезъ выкупъ этаго права со стороны государства. Въ 1844 году изданъ въ Англіи парламентскій актъ „an Act to attach certain conditions to construction of future Railways authorized or to be authorized by any Act of the presend or succeding Sessions of Parliament" [5]), параграфъ второй котораго

1) *Browne and Theobald*, eod. стр. 492—501.

2) The Railway companies powers act, 1864 (27—28 Vict. c. 120), § 32 „The provisions of this Act.... shall extend and apply to the proprietors of a railway although not incorporated as a company".

3) *Laurent*, prin[illegible]s de droit civil, t. VI § 31 говоритъ о „double propriété" государства и концессіонера на концедированный путь.

4) Act. 1, loi du 15 juillet 1845 „les chemins de fer font partie de la grande voirie".

5) *Browne and Theobald*, eod. стр. 50. The cheap trains Act, 1844 7—8 Vict. c. 85".

узаконяетъ право выкупа отъ концессіонерной компаніи государствомъ концедированнаго пути. „По истеченіи двадцати одного года отъ выдачи концессіи государство въ правѣ купить желѣзную дорогу со всѣми ея составными частями, подвижнымъ составомъ и принадлежностями, заявивъ объ этомъ компаніи за три мѣсяца до выкупа и уплативъ сумму, равную двадцатипятилѣтней сложности ежегодныхъ доходовъ, получаемыхъ компаніей, въ среднемъ размѣрѣ за послѣдніе три года.“ Предметъ выкупа точно опредѣленъ въ ст. 2-й названнаго акта. Выкупается желѣзная дорога со всѣми ея составными частями,—подвижной составъ и принадлежности — „such railway, wich all its hereditaments, stock and appurtenances“, т. е. выкупу подлежитъ вещное право собственности концессіонерной компаніи на концедированный ей путь.

Изучивъ постановленія источниковъ статутарнаго желѣзнодорожнаго права въ Англіи, мы приходимъ къ признанію за концессіонеромъ правъ собственности на концедированные ему пути и, смѣемъ думать, что допущеніе этого права собственности не станетъ болѣе коробить нашихъ понятій о положеніи, занимаемомъ въ правѣ гражданскомъ рельсовыми путями, о чемъ еще такъ недавно говорилъ Лоранъ [1]), защищая противъ господствующаго представленія новое ученіе о собственности на концедированные пути.

Понятіе о правѣ собственности концессіонера на концедированный путь находитъ признаніе въ постановленіяхъ, содержащихся въ источникахъ желѣзнодорожнаго права, дѣйствующихъ въ Германіи. Здѣсь изданъ въ 1874 году 11-го іюня законъ объ экспропріаціи права поземельной собственности для королевства прусскаго [2]). Прусскій законъ объ экспропріаціи распадается на шесть отдѣльныхъ титуловъ. Первый титулъ, содержащій въ себѣ шесть статей, посвященъ опредѣленію правилъ, когда экспропріація дозволяется (Zulässigkeit der Enteignung). Здѣсь въ ст. 1-й узаконяется, что право поземельной собственности можетъ быть отнято (entzogen) или ограничено (beschränkt) только на основаніи общественной пользы для предпріятія, выполненіе котораго требуетъ примѣненіе экспропріаціи. Предметомъ экспро-

---

1) *Laurent*, eod. t. VI § 31 in fine.

2) Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum, vom 11 Iuni 1874 см. Gesetz—Smmlung faür die königlichen Preussischen Staaten за 1874 годъ.

пріаціи является право собственности на землю, всецѣло или частично пореходящее чрезъ экспропріацію. „Отнятіе“ (Entziehung) и „продолжительное ограниченіе“ (dauernde Beschränkung) поземельной собственности совершается на основаніи „королевскаго повелѣнія“ (königliche Verordnung), которое опредѣляетъ предпринимателя и предпріятіе (ст. 2 eod.).—Второй титулъ посвященъ опредѣленію того вознагражденія, которое должно быть уплачено поземельному собственнику за лишеніе его права собственности или продолжительное ограниченіе этого права. Предприниматель обязанъ вознаградить деньгами собственника экспропріированной земли, уплативъ ему „полную стоимость“ (in dem vollen Werthe) отнятаго участка, включая сюда его принадлежности и плоды (ст. 7—8 eod.). Если принудительному отчужденію подлежитъ только часть земли, принадлежащей одному лицу, то вознагражденіе включаетъ въ себя „большую стоимость“ (Mehrwerth), которую имѣетъ отчуждаемая часть земли въ связи съ остальнымъ участкомъ, а также „уменьшенную стоимость“ (Minderwerth), которая понижаетъ вслѣдствіе раздробленія остающійся у экспропріата участокъ земли (ст. 8 in fine eod.). Возвышеніе стоимости не подвергшихся экспропріаціи участковъ земли не принимается въ разсчетъ при опредѣленіи вознагражденія экспропріату (ст. 10 eod.). Экспропріатъ обязанъ дать особое вознагражденіе узуфруктуару, лицу, имѣющему сервитутное, арендное право на экспропріированную землю, если это вознагражденіе не заключено въ сумму, уплаченную собственнику земли, принудительно отчужденной на основаніи общественной пользы (ст. 11 eod.). Титулъ третій нормируетъ порядокъ производства при совершеніи отчужденія (Enteignungsverfahren). Въ этомъ титулѣ содержатся особыя правила, изложенныя въ ст. 23, относительно *экспропріаціи въ пользу желѣзныхъ дорогъ*. Здѣсь мы читаемъ, что „право принудительнаго отчужденія при проведеніи желѣзныхъ дорогъ распространяется въ особенности, во-первыхъ, на земли, необходимыя для рельсовыхъ путей, для желѣзнодорожныхъ станцій и для строеній, служащихъ при эксплоатаціи линіи; во-вторыхъ, на земли, необходимыя для сноса земли и сора отъ раскопокъ; въ-третьихъ,— на земли, потребныя для иныхъ заведеній, необходимыхъ для того, чтобы желѣзная дорога, какъ государственный путь (als öffentliche Strasse), могла служить для общаго пользованія (zur

allgemeinen Benutzung); въ-четвертыхъ,—на матеріалъ (Schützungsmaterial), необходимый для совершенія желѣзнодорожныхъ насыпей". Опредѣливъ предметы, подлежащіе праву экспропріаціи для сооруженія паровозной линіи, ст. 23 прусскаго закона отъ 11-го іюня 1874 года говоритъ, далѣе, какіе предметы не могутъ быть подведены подъ дѣйствіе права желѣзнодорожной экспропріаціи. „Право принудительнаго отчужденія не распространяется на такія земли, которыя предназначаются для сооруженій, не удовлетворяющихъ общей цѣли, но служащихъ частнымъ интересамъ желѣзнодорожнаго предпринимателя, какъ напр. товарные склады". Наконецъ ст. 23 допускаетъ „временное пользованіе" концессіонера чужими землями при сооруженіи желѣзныхъ дорогъ, въ особенности при проведеніи временныхъ линій относительно постройки мастерскихъ и жилищъ для рабочихъ.

Титулъ третій прусскаго закона объ экспропріаціи распадается на четыре подраздѣленія. Первый отдѣлъ его, содержащій ст. 18—23, опредѣляетъ порядокъ установленія плана экспропріируемыхъ земель (Feststellung des Plans); второй (ст. 24—31)—излагаетъ правила исчисленія вознагражденія за отходящія подъ общественное предпріятіе земли (Feststellung der Entschädigung); третій (ст. 32—38) относится до порядка совершенія экспропріаціи (Vollziehung der Enteignung); наконецъ, отдѣлъ четвертый посвященъ общимъ положеніямъ для экспропріаціи. Весь титулъ третій содержитъ указаніе формъ, соблюденіе которыхъ требуется при совершеніи экспропріаціи. Это формальное право экспропріаціи не представляетъ для настоящаго изслѣдованія существеннаго значенія, такъ какъ для насъ важно указать въ чемъ именно состоитъ дѣйствіе экспропріаціи, т. е. какого рода право пріобрѣтаетъ экспропріантъ на принудительно отчужденную имъ землю.

Рѣшеніе этого важнаго вопроса даетъ титулъ четвертый разсматриваемаго нами закона, опредѣляющій дѣйствіе экспропріаціи (Wirkung der Enteignung). „Съ доставленіемъ собственнику и предпринимателю опредѣленія [1]) объ экспропріаціи право собственности на экспропріированный участокъ земли переходитъ къ предпринимателю" [2]). Въ доказательство того, что здѣсь переходитъ

---

[1]) Опредѣленіе объ экспропріаціи постановляетъ въ Пруссіи „Bezirksregierung" (ст. 29, Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum, vom 11 Iuni 1874).

[2]) Ст. 44 Gesetz über Enteignung vom 11 Iuni 1874.

дѣйствительное право собственности, служатъ тѣ статьи прусскаго закона объ экспропріаціи, по которымъ, во-первыхъ, объявленіе объ экспропріаціи имѣетъ значеніе ввода во владѣніе (die Einweisung in den Besitz) экспропріирующаго (ст. 32 eod.) и, во-вторыхъ, переходъ права собственности оформливается внесеніемъ отмѣтки объ этомъ въ поземельныя книги. Правительство, говоритъ ст. 33, извѣщаетъ крѣпостныя учрежденія объ состоявшемся постановленіи относительно экспропріаціи.

Чтобы согласить постановленія ст. 23, относящей желѣзныя дороги къ государственнымъ путямъ, съ ст. 44, узаконяющей переходъ права собственности на концессіонера относительно экспропріированной земли, укажемъ на то, что ст. 23 имѣетъ тотъ ограниченный смыслъ, что она опредѣляетъ лишь внѣшнія границы земли, которая подлежитъ экспропріаціи, подчиняя дѣйствію принудительнаго отчужденія земли въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ это необходимо для удовлетворенія общественному, государстенному назначенію рельсовыхъ путей. Въ правильности такого пониманія ст. 23 убѣждаетъ насъ то мѣсто, которое оно занимаетъ въ названномъ законѣ, гдѣ она отнесена къ тому отдѣлу, который посвященъ опредѣленію плана экспропріируемыхъ земель, т. е. тѣхъ внѣшнихъ границъ, въ предѣлахъ которыхъ дѣйствіе экспропріаціи должно быть примѣнено. Совершенно другое значеніе имѣетъ содержаніе ст. 44 eod., прямо признающей, что концессіонеръ имѣетъ право собственности на концедированный ему путь, пріобрѣтенный имъ путемъ экспропріаціи въ тѣхъ внѣшнихъ границахъ, которыя отмѣчены на основаніи ст. 23 eod. На основаніи ст. 45 eod. право собственности переходитъ къ концессіорнеру на экспропріированную имъ землю свободнымъ отъ всѣхъ лежайшихъ па этой землѣ ограниченій, если только по договору концессіонеръ не принялъ ихъ на себя.

Въ виду столь яснаго текста закона нѣтъ возможности уклониться отъ признанія за концессіонеромъ, на основаніи источниковъ желѣзнодорожнаго права, дѣйствующихъ въ Германіи, право собственности на концедированный ему путь, земля для сооруженія котораго поступаетъ къ нему въ силу акта экспропріаціи.

§ 5. Права и обязанности концессіонера относительно сооруженія и эксплоатаціи концедированныхъ путей.

Хотя право собственности на концедированные пути принадлежитъ концессіонеру, но они предназначены къ тому, чтобы перейдти къ государству. Въ виду этого перехода концессіонеръ во все время продолженія своего концессіоннаго права является въ значеніи „цессіонарія государства“, [1]) на него переносятся права и обязанности государства, но онъ не есть простой представитель государства, дѣйствуя для себя, отъ своего имени и въ своемъ интересѣ. Концессіонеръ имѣетъ положеніе procurator in rem suam, представляя государство [2]).

Положеніе концессіонера въ значеніи представителя государства, дѣйствующаго отъ своего имени и въ своемъ интересѣ (procurator in rem suam), какъ „цессіонарій“ государства, не стоитъ въ противорѣчіи съ его правомъ собственности на концедированный ему путь. Французскій юристъ *Фердинандъ Дюмэ* такъ характеризуетъ положеніе въ правѣ концессіонера: „концессіонеръ по отношенію къ 3-мъ лицамъ осуществляетъ всѣ права и несетъ всѣ обязанности государства, для котораго онъ является *цессіонаріемъ.* Относительно государства, концессіонеръ имѣетъ значеніе *должника* по предмету дороги, которая должна быть сооружена не только согласно общему плану, указанному въ актѣ концессіи, но также согласно съ частными указаніями, исходящими отъ административной власти. Хотя концессіонеръ стѣсненъ въ свободѣ своихъ дѣйствій, но, въ отличіе отъ подрядчика, онъ произвольно выбираетъ способы выполненія и правильно назвать его *хозяиномъ сооруженія*, такъ какъ онъ обязанъ не доставить свой трудъ, но предоставить готовую вещь“ [3]).

Въ приведенномъ опредѣленіи Дюмэ концессіонеръ занимаетъ

---

[1]) *F. Dumay*, les concessions de chemins de fer, стр. 71 „les concessionnaires sont les cessionnaires de l'Etat“.

[2]) *F. Dumay*, eod. стр. 71 „si donc on peut dire que le concessionaire représente l'Etat, du moins doit—on reconnaitre qu'il est procurator in rem suam“.

[3]) *F. Dumay*, eod. стр. 79 „..... il est vrai de dire qu'il est maitre de l'ouvrage, etant obligé non pas à fournir son travail, mais à livrer une chose faite“.

тройственное положеніе въ правѣ. Во-первыхъ, относительно 3-хъ лицъ онъ является преемникомъ права и обязанности государства, — его цессіонаріемъ. Во-вторыхъ, къ государству концессіонеръ стоитъ въ положеніи *должника*, обязаннаго выполнить сооруженіе. Въ-третьихъ, онъ имѣетъ значеніе *хозяина* создаваемаго имъ предмета, такъ какъ, по смыслу акта концессіи, онъ обязанъ не выполнить работу, но совершить сооруженіе, на которое имѣетъ право собственности.

Институтъ procurator in rem suam возникъ въ римскомъ правѣ въ то время, когда введенъ былъ формулярный процессъ, допускавшій возможность веденія дѣла на судѣ въ лицѣ представителя (cognitor, procurator). Представитель становился хозяиномъ тяжбы—dominus litis въ томъ смыслѣ, что рѣшеніе постановлялось на его имя. Если кто либо желалъ передать, уступить другому лицу свое право требованія, то онъ выдавалъ ему довѣренность на предъявленіе иска (mandatum agendi), добавляя при этомъ, что повѣренный долженъ былъ дѣйствовать въ своемъ интересѣ, удерживая за собой полученное на основаніи взысканія. Такимъ образомъ создавалось положеніе повѣреннаго въ собственномъ интересѣ—procurator in rem suam [1]). Въ эпоху императоровъ прокураторъ, которому передано право требованія, является самостоятельнымъ цессіонаріемъ въ томъ смыслѣ, что его полномочіе не зависитъ болѣе отъ тѣхъ перемѣнъ, которыя могутъ произойдти въ лицѣ передавшаго ему свое требованіе, въ лицѣ довѣрителя, напр. отъ смерти послѣдняго зависѣло прекращеніе дѣйствія предоставленнаго уполномочія. Самостоятельность procurator in rem suam создана предоставленіетъ ему actio utilis suo nomine [2]) для осуществленія переданнаго ему права, дѣйствуя отъ своего имени и не ограничиваясь положеніемъ повѣреннаго со стороны цедента [3]).

Концессіонеръ, говоритъ Дюмэ, имѣетъ значеніе цессіонарія въ отношеніяхъ между государствомъ (цедендомъ) и посторонними лицами, права которыхъ нарушены проведеніемъ концедированнаго пути. Но въ этихъ отношеніяхъ къ 3-мъ лицамъ концессі-

---

1) *Gai*, 2, 39.
2) L. 55 D. de proc. 3. 3; l. 1 C. de o. et a. 4. 10; l. 33 C. de don. 8. 54.
3) *Baron*, Pandekten 3—te Aufl. § 248, стр. 401.

онеръ является въ значенiи самостоятельнаго procurator in rem suam[1]).

Въ этомъ отношенiи концессiонеръ отвѣчаетъ за всѣ убытки, причиненные сооруженiями. Ст. 21 „cahier des charges“ обязываетъ концессiонерную компанiю вознаграждать за всѣ убытки, происшедшiе для постороннихъ лицъ отъ произведенныхъ ею работъ. Она говоритъ: „les indemnités pour occupation temporaire ou pour détérioration de terrains, pour chômages, modification ou déstruction d'usine, et pour tous dommages quelconques résultant des travaux, seront supportées et payées par la compagnie“. Комментируя приведенное положенiе (см. 21) „тетради ограниченiй“, Дюмэ говоритъ: „гипотеза на которой мы стоимъ, т. е. когда концессiонеры должны всецѣло соорудить путь, устраняетъ всѣ затрудненiя: безразлично, будутъ-ли убытки происходить отъ дѣйствiй самаго концессiонера или его подрядчика, или возникнутъ они, какъ слѣдствiе самого сооруженiя. Вознагражденiе падаетъ на обязанность концессiонера. Замѣтимъ только, что, во-первыхъ, ущербъ долженъ быть непосредственнымъ результатомъ исполненныхъ работъ; поэтому вознагражденiе, слѣдуемое концессiонеру сооруженнаго моста въ силу неисполненiя принятаго государствомъ обязательства не открывать въ извѣстномъ разстоянiи другаго моста, падаетъ исключительно на государство. Во-вторыхъ, концессiонеръ отвѣчаетъ только за то, за что отвѣтственность падаетъ на государство. Поэтому, если 3-и лица возбуждаютъ искъ на основанiи тѣхъ стѣсненiй, которыя правильно разрѣшенныя сооруженiя причиняютъ свободѣ переѣздовъ, вслѣдствiе тѣхъ измѣненiй, которыя совершены на государственныхъ путяхъ, относительно которыхъ третьи лица не имѣютъ никакихъ правъ,—государство не обязано вознаграждать, точно также и концессiонеръ“ [2]).

Концессiонеръ, какъ procurator in rem suam, отвѣчаетъ непосредственно предъ посторонними лицами за вредъ, причиненный сдѣланными имъ сооруженiями, на совершенiе которыхъ онъ получилъ отъ государства актъ концессiи. Но концессiонеръ, какъ цессiонарiй государства, не отвѣчаетъ болѣе послѣдняго. Для

---

1) *Dumay*, eod. стр. 71, 160.

2) *Dumay*, eod. стр. 74—5.

точнаго опредѣленія предѣловъ отвѣтственности концессіонера предъ посторонними лицами cahier des charges даютъ нѣкоторыя частныя указанія, устанавливающія отношенія концессіонера къ третьимъ лицамъ. Ст. 15 cahier des charges узаконяетъ, что „la compagnie sera tenue de rétablir et d'assurer à ses frais l'ecoulement de toutes les eaux dont le cours serait arrêté, suspendu ou modifié par ses travaux". Здѣсь признается право постороннихъ лицъ, на земляхъ которыхъ будетъ задержана вода, вслѣдствіе возведенныхъ концессіонеромъ сооруженій, требовать отъ него возстановленія своего нарушеннаго права. Концессіонеръ, по ст. 17 cahier des charges, обязанъ принимать мѣры, чтобы концедированный ему и имъ сооруженный путь не препятствовалъ движенію судовъ и плотовъ по судоходнымъ и сплавнымъ рѣкамъ, проѣзду по государственнымъ путямъ. „A la rencontre des cours d'eau flottables ou navigables la compagnie sera tenue de prendre toutes les mesures et de payer tous les frais nécessaires pour que le service de la navigation ou du flottage n'éprouve ni interruption ni entrave pendant l'exécution des travaux. A la rencontre des routes nationales ou départamentales et des autres chemins publics, il sera construit des chemins et ponts provisoires par les soins et aux frais de la compagnie, partout ou cela sera jugé necessaire pour que la circulation n'eprouve ni interruption ni gêne".

Требованія административной власти, обращенныя къ концессіонерамъ для принужденія ихъ къ выполненію содержащихся въ ст. 17 cahier des charges постановленій, имѣютъ значеніе безспорныхъ, не подлежащихъ разсмотрѣнію суда. Но послѣдствія несоблюденія коннцесіонеромъ постановленій ст. 17 cahier des charges, причиняя убытки постороннимъ лицамъ, создаютъ для нихъ основаніе для спора гражданскаго въ защиту своихъ нарушенныхъ гражданскихъ правъ тѣми затрудненіями, которыя созданы концессіонной компаніей свободному ихъ передвиженію. Подобный переходъ безспорнаго административнаго требованія, изъятаго изъ вѣдомствъ судебной власти, въ основаніе для иска гражданскаго имѣетъ мѣсто не только въ отношеніяхъ концессіонеровъ рельсовыхъ путей, подлежащихъ контролю правительственной власти, но также встрѣчается въ тѣхъ случаяхъ, когда безспорное требованіе объ уплатѣ городскихъ налоговъ передано городомъ въ арендное содержаніе постороннему лицу.

Анненковъ въ своемъ „опытѣ комментарія къ уставу о гражданскомъ судопроизводствѣ“ приводитъ слѣдующій примѣръ изъ русской судебной практики. „Что касается до того, какія требованія административныхъ учрежденій должны считаться безспорными и потому неподлежащими вѣдомству суда гражданскаго, то сенатъ совершенно правильно призналъ, что требованіе городскаго управленія о взысканіи съ частнаго лица сбора, установленнаго въ пользу города, не подлежитъ вѣдомству суда гражданскаго (рѣш. 1874 года, № 558); но если сборъ взыскивается лицомъ, которому думой былъ отданъ въ аренду, то требованіе арендатора о взысканіи сбора подсудно суду гражданскому (рѣш. 1873 г., № 1350)“ [1]).

Обобщая выводъ, къ которому приходитъ практика кассаціоннаго сената, мы въ правѣ сдѣлать заключеніе, что безспорныя требованія административныхъ мѣстъ и учрежденій изъяты изъ вѣдомства суда въ непосредственномъ ихъ обращеніи къ лицамъ, относительно которыхъ они имѣютъ обязательное значеніе. Но затѣмъ отношенія этихъ послѣднихъ къ постороннимъ лицамъ, созданныя изъ того положенія, которое дано концессіонеру въ силу обращенныхъ къ нему административныхъ распоряженій, имѣютъ значеніе частно-правныхъ и подлежатъ вѣдомству судебныхъ учрежденій. Поэтому при невыполненіи концессіонеромъ рельсовыхъ путей возложенныхъ на него обязательствъ по устройству главныхъ приспособленій при пересѣченіи желѣзной дорогой судоходныхъ, сплавныхъ рѣкъ и государственныхъ путей сообщенія, отсутствіе которыхъ затрудняетъ движеніе отдѣльныхъ лицъ, послѣднія имѣютъ къ концессіонеру гражданскій искъ о вознагражденіи за понесенные ими отъ этого ущербы.

Концессіонеръ отвѣчаетъ непосредственно предъ посторонними лицами не только за вредъ, причиненный совершеннымъ имъ сооруженіемъ, но онъ обязанъ также вознаградить ихъ за ущербы, происшедшіе отъ эксплоатаціи концедированнаго ему пути. Поэтому концессіонеръ отвѣчаетъ предъ домовладѣльцами, зданія которыхъ повреждаются отъ того сотрясенія, которое причиняютъ имъ проходящіе желѣзнодорожные поѣзда. Дюмэ говоритъ, что концессіонеръ одинаково отвѣчаетъ за вредъ, причиненный постороннимъ лицамъ сооруженіемъ и эксплоатаціей рельсоваго

---

[1]) *Анненковъ,* Опытъ комментарія къ уставу гражданскаго судопроизводства т. I, стр. 33.

пути [1]). Примѣры такой отвѣтственности особеннно обильны въ практикѣ англійскихъ судовъ, рѣшенія которыхъ указаны были въ нашемъ трудѣ „Гражданскія ограниченія желѣзнодорожныхъ предпріятій, томъ I, право вещное, стр. 178—190“.

Отнесеніе положенія концессіонера къ постороннимъ лицамъ къ понятію „procurator in rem suam“, являющагося „цессіонаріемъ“ государства, создаетъ его самостоятельную отвѣтственность предъ ними за весь вредъ, причиненный сооруженіемъ и эксплоатаціей концедированнаго пути. Постороннія лица, гражданскія права которыхъ нарушены дѣйствіями концессіонеровъ, имѣютъ непосредственно къ нимъ, а не къ государству, исковое требованіе о вознагражденіи за причиненные имъ убытки [2]). Но вмѣстѣ съ тѣмъ положеніе концессіонера, какъ „цессіонарія [3]) государства, ограничиваетъ его отвѣтственность тѣми основаніями, по которымъ отвѣчало бы само государство. Поэтому ни государство, ни концессіонеръ не отвѣчаютъ за тѣ стѣсненія, которыя произошли вслѣдствіе сдѣланныхъ правительственной властью распоряженій, которыми воспользовались концессіонеры, вслѣдствіе чего произошло стѣсненіе въ движеніи на государственныхъ путяхъ сообщенія [4]).

Концессіонеръ относительно государства, выдавшаго ему актъ концессіи на сооруженіе концедированнаго ему пути, имѣетъ значеніе *должника*, обязаннаго предоставить путь [5]).

„Концессіонеръ“, выполняя работы по плану, указанному правительственной властью, во-первыхъ, долженъ подчиняться тѣмъ измѣненіямъ въ первоначальномъ планѣ работъ, которыя будутъ сдѣланы правительственной властью. Примѣръ подобнаго отступленія отъ первоначально предположенныхъ работъ, выполненіе которыхъ предоставлено концессіонеру, даетъ извѣстное „санъготтардское желѣзнодорожное предпріятіе“, сначала разсчитанное на линію, болѣе значительную, нежели та, которую концессіонеръ окончательно долженъ былъ соорудить [6]). Швейцарское

1) *Dumay*, eod. стр. 114—116.
2) *Dumay*, eod. chapitre III, стр. 62—157.
3) *Dumay*, eod. стр. 71 „cessionnaire de l'Etat“.
4) *Dumay*, eod. стр. 73.
5) *Dumay*, eod. стр. 79 „Vis-à-vis de l'Etat il est debiteur d'un chemin“.
6) *Martin Wanner*, Uebersichtskarte der Gotthardbahn, Bern, 1880.

правительство по соглашенію съ германскимъ и итальянскимъ сократило первоначально предположенную линію санъ-готтардской желѣзной дороги, вслѣдствіе вздорожанія цѣнъ на строительные матеріалы, дѣлавшаго затруднительнымъ составленіе необходимаго для сооруженія капитала [1]. Во-вторыхъ, концессіонеру предоставляется относительно выполненія концедированнаго ему пути совѣщательный голосъ и даже право инициативы относительно правительственой власти, выдавшей ему актъ концессіи [2]. Такъ на основаніи ст. 6 „тетради ограниченій“: „le nombre et l'emplacement des stations de voyageurs et des gares de marchandises seront déterminés par l'administration, *sur les propositions des compagnies*“. Компаніи представляютъ правительственной власти проекты станціонныхъ сооруженій (ст. 9 eod.). Далѣе, на основаніи предложенія компаніи желѣзная дорога должна быть отдѣлена отъ смежныхъ участковъ заборами, стѣнами или иными изгородями, качество и расположеніе которыхъ утверждается администраціей. Концессіонеръ имѣетъ право передавать выполненіе концедированныхъ ему работъ подрядчикамъ. Однако въ этомъ отношенія ст. 27 cahier des charges вноситъ ограниченіе, не допуская общаго торга на совокупность всего рельсоваго пути за оптовую цѣну или за плату, расчитанную по частямъ работъ [3]. Наконецъ, „концессіонеръ“, вслѣдствіе того, что концедированное ему предпріятіе имѣетъ общеполезное значеніе, пользуется всѣми правами, предоставляемыми законами и регламентами административной власти относительно государственныхъ сооруженій. На этомъ основаніи „концессіонеръ“ пользуется правомъ экспропріировать необходимыя для проведенія пути земли [4].

Сравнивая положеніе „концессіонера“, являющагося относительно государства должникомъ, обязаннымъ соорудить путь— „debiter d'un chemin“, какъ говоритъ Дюмэ, [5] съ аналогичнымъ

---

1) *А. Борзенко*, „Сан-готтардское желѣзнодорожное предпріятіе“ въ Русскомъ Вѣстникѣ, 1882, № 11.

2) *Dumay*, eod. стр. 72 „il a voix délibérative, et même l'initiative“.

3) *Cahier des charges*, art. 27 „tout marché général pour l'ensemble du chemin de fer, soit à forfait, soit sur série de prix est interdit“. *Dumay*, eod. стр. 73.

4) *Cahier des charges*, art. 22.

5) *Dumay*, eod. стр. 79.

обязательственнымъ отношеніемъ подрядчика, который заключаетъ договоръ о выполненіи работъ, между ними окажется слѣдующія отличія. Подрядчикъ не имѣетъ права экспропріаціи; онъ не можетъ вносить по своей инниціативѣ никакихъ измѣненій въ заключенный договоръ подряда. Ст. 1793 с. с. прямо запрещаетъ „подрядчику требовать увеличенія цѣны подъ предлогомъ измѣненій и увеличеній, сдѣланныхъ противъ плана". Зависимое положеніе подрядчика отъ подрядившаго даетъ послѣднему право „по собственному усмотрѣнію прекратить договоръ объ оптовой работѣ, хотя бы работа была уже начата, вознаградивъ подрядчика за всѣ расходы и работы, и уплативъ всю прибыль, которую бы онъ могъ имѣть отъ этого предпріятія" (ст. 1794 с. с). Наконецъ, договоръ подряда создаетъ исключительно личное обязательство подрядчика, не переходящее на его наслѣдниковъ. „Договоръ найма работъ прекращается смертію подрядчика" (ст. 1795 с. с.).

Изъ сопоставленія положеній концессіонера и подрядчика Дюмэ приходитъ къ тому выводу, что „концессіонеръ въ отличіе отъ подрядчика имѣетъ выборъ способовъ выполненія и есть основаніе назвать его хозяиномъ работы, такъ какъ онъ обязанъ не къ тому, чтобы дать свой трудъ, но долженъ предоставить готовую вещь" [1]). На эту вещь государство или концессіонеръ имѣютъ право собственности, ограниченное общественнымъ пользованіемъ, для котораго она предназначается [2]). Вслѣдствіе того, что „концедированные пути" состоятъ на правѣ собственности у концессіонеровъ, они подлежатъ на основаніи ст. 63 cahier des charges поземельному налогу: „la contribution foncière sera etablie en raison de la surface des terrains occupés par le chemin de fer et ses dépendances. Les batiments et magasins dépendant de l'exploitation du chemin de fer seront assimilés aux propriétés bâties de la localité. Toutes les contributions auquelles ces édifices pourront être soumis seront, aussi bien que la contribution foncière, à la charge de la compagnie".

Обложеніе концессіонеровъ поземельнымъ налогомъ, исчисляемымъ соразмѣрно поверхности занятыхъ подъ желѣзную дорогу

---

1) *Dumay*, eod. стр. 79.
2) *Dumay*, eod. стр. 178—9.

земель, указываетъ на характеръ того права, которое принадлежитъ концессіонеру на концедированный ему путь. Только признавая существованіе вещнаго права желѣзнодорожной компаніи, легко объяснить обложеніе ихъ поземельнымъ налогомъ. „Но если рельсовые пути имѣютъ значеніе имущества, принадлежащаго государству и состоящаго въ общественномъ пользованіи (domaine public) и если концессіонеры не имѣютъ на нихъ никакого вещнаго права, то мы сталкиваемся, говоритъ Дюмэ, съ новымъ и необъяснимымъ нарушеніемъ основныхъ началъ этого рода отношеній“ [1]). Законъ 3-го фримера годъ VII опредѣляетъ, что „улицы, площади, служащія для рынковъ и ярмарокъ, государственныя и проселочныя дороги, рѣки не подлежатъ обложенію. Національныя имущества, не приносящія дохода и удержанныя для государственнаго служенія (service national) не подлежатъ обложенію“ (ст. 103 и 105). Слѣдовательно имущества, составляющія собственность государства, состоящую въ общемъ всѣхъ пользованіи (domaine public) на подлежатъ налогамъ. Не естественно-ли придти къ заключенію, что желѣзныя дороги, облагаемыя поземельнымъ налогомъ, относятся не къ имуществу государственому, состоящему въ общемъ пользованіи, но подлежатъ вещному праву концессіонеровъ? [2]).

Остается опредѣлить какого рода вещное право имѣютъ концессіонеры на концедированный имъ путь. Если концессіонеръ принимаетъ на себя предоставленное ему въ актѣ концессіи право соорудить рельсовый путь, то онъ является лицомъ, обязаннымъ поставить не только свой трудъ и знаніе, но и свой матеріалъ (ст. 1787 с. с.). Концессіонеръ имѣетъ значеніе исполнителя государственныхъ работъ, становясь въ положеніе работника относительо государства, имѣющаго значеніе хозяина работъ. Право собственности на заказанную работу переходитъ къ заказавшему въ моментъ, когда ему передана заказанная вещь (ст. 1788 с. с.), ибо до тѣхъ поръ потеря за погибшую до передачи заказанную вещь падаетъ на счетъ работника. Государство вступаетъ во владѣніе концедированнымъ путемъ только по истеченіи срока концессіи, такъ какъ на основаніи ст. 36 „тетради огра-

---

[1]) *Dumay*. eod. стр. 119.
[2]) *Dumay*, eod. стр. 121.

ченій“ оно только тогда преемственно получаетъ права концессіонера. До тѣхъ поръ концессіонеръ имѣетъ значеніе работника, о которомъ говоритъ ст. 1788 французскаго кодекса, поставившаго матеріалъ отъ себя и не передавшаго заказанную вещь тому, кто ее заказалъ. Этотъ работникъ, неся потери за гибель имп созданной, но не переданной вещи, является ея собственникомъ до ея передачи заказавшему.

На основаніи приведеннаго построенія правъ концессіонера на концедированный ему путь Дюмэ думаетъ, что онъ имѣетъ право собственности на вещь, передаваемую только по истеченіи срока концессіи. Это право собственности однако не имѣетъ никакой имущественной цѣнности, потому что оно ограничено правомъ общественнаго пользованія. Поэтому право собственности на концедированный путь имѣетъ въ практическомъ примѣненіи для концессіонера значеніе подчиненное, для нихъ существенную важность представляетъ дозволеніе, даваемое государствомъ, взимать сборъ за пользованіе и совершать монопольную перевозку по желѣзной дороги. Поэтому заключаетъ Дюмэ, признаніе за концедентомъ права собственности на концедированный путь совершается исключительно съ точки зрѣнія „юридической послѣдовательности“ (élégance juridique) [1]) и въ виду тѣхъ юридическихъ дѣйствій, совершенія которыхъ концессіонеромъ можетъ быть объяснено только на основаніи вещнаго права собственности, напр. залогъ рельсоваго пути, установленіе сервитутовъ, владѣльческая защита.

Право собственности концессіонера ограничено общественнымъ пользованіемъ, которому открыть концедированный путь. Но пользованіе это не безмездное, оно даетъ основаніе для сбора, взимаемаго въ пользу концессіонера. „Установленіе этого сбора основано на актѣ верховной власти въ государствѣ“ [2]). Если рельсовый путь находится въ общественномъ пользованіи, то оно естественно должно бы быть безвозмезднымъ, сборъ же, падающій на него, имѣетъ значеніе *налога* [3]).

„Концессія является намъ, какъ двусторонній (contrat synalag-

---

[1]) *Dumay*, eod. стр. 191.

[2]) *Dumay*, eod. стр. 191 „un acte de souveraineté“.

[3]) *Dumay*, eod. стр. 191 „la taxe qui frappe l'exercice de ce droit constitue un impot“.

matique) [1]) возмездный (à titre onéreux) [2]) договоръ, на основаніи котораго концессіонеры принимаютъ обязанность доставить желѣзную дорогу и получаютъ взамѣнъ право взимать сборъ за пользованіе и совершать монопольную перевозку. Такъ какъ стоимость работъ, исполненіе которыхъ лежитъ на обязанности концессіонеровъ, а въ особенности тѣхъ правъ, которыя имъ предоставлены, — зависятъ въ значительной степени отъ неизвѣстныхъ событій, то здѣсь слѣдуетъ признать договоръ рисковый (aléotoire) [3]).

Противъ договорной теоріи акта концессіи мы привели въ главѣ 2-й настоящаго изслѣдованія тѣ возраженія, которыя были сдѣланы Гейслеромъ. Намъ остается разсмотрѣть насколько данное Дюмэ объясненіе о правѣ собственности концессіонера на концедированный путь согласно съ созданными ему источниками желѣзнодорожнаго права положеніемъ относительно сооруженныхъ и эксплоатируемыхъ имъ рельсовыхъ путей.

Обри и Ро видятъ въ пользованіи концессіонеровъ имуществомъ, принадлежащимъ государству и открытымъ общественному пользованію, примѣненіе прекаріума, извѣстнаго римскому праву, къ современнымъ отношеніямъ [4]). Въ пользу такого построенія отношенія концессіонера къ концедированному пути служитъ, во-первыхъ, то соображеніе, что концессія подобно прекаріуму, подлежитъ отмѣнѣ по усмотрѣнію предоставившихъ концедированное или прекарное владѣніе, хотя это право отмѣны ограничено во французской „тетради ограниченій" пятнадцатилѣтнимъ срокомъ [5]), а въ англійскомъ статутарномъ правѣ двадцатиоднолѣтнимъ [6]) отъ выдачи концессіи. Право отмѣны концессіи (Privation) отличаетъ ее отъ всѣхъ тѣхъ институтовъ вещнаго права, къ типу которыхъ, какъ мы видѣли, думали отнести право концессіонера на уступленный ему путь. Узуфруктъ [7]), суперфицій [8]), эмфи-

[1]) Ст. 1102 с. с.
[2]) Ст. 1106 с. с.
[3]) Ст. 1104 п. 2. с. с.
[4]) *Aubry et Rau*, Cours de code civil françai*s*, t. II § 180, p. 91.
[5]) Art. 37 „cahier de charges".
[6]) 7—8 Vict. cap. 85.
[7]) *Delalleau*, des droits des concessionnaires de travaux publics, въ „Revue de legislation" publiée par Wolowski, t. V, p. 140 (1836—7).
[8]) *Dernburg*, das Pfandrecht, Bd. I, § 64.

тевисъ [1]), понятіе которыхъ считали возможнымъ примѣнить для объясненія правъ концессіонера, не допускаютъ односторонней отмѣны, какъ основанія для прекращенія созданнаго ими содержанія правоотношеній [2]). Если же мы примемъ въ основу желѣзнодорожнаго права положеніе, что рельсовые пути предназначены къ тому, чтобы принадлежать государству [3]), то односторонняя отмѣна выданнаго акта концессіи необходимо должна имѣть рѣшающее значеніе для характера созданнаго концессіонеру правоотношенія. Только институтъ прекаріума, предоставляющаго право по усмотрѣнію концедента отмѣнить дозволенное пользованіе концессіонеру, можетъ выразить основное начало, составляющее отличительную особенность акта концессіи, — его одностороннюю отмѣну [4]).

Сходство концессіонныхъ отношеній съ прекарными, во-вторыхъ, сказывается въ томъ, что концессіонеръ, подобно прекаристу, не имѣетъ права требовать отъ концедента одностороннимъ актомъ отмѣны, прекращающимъ его обладаніе концедированнымъ предметомъ, вознагражденія за понесенныя имъ издержки на его улучшенія [5]). Ст. 36 „cahier des charges" обязываетъ компанію „передать государству при окончаніи срока концессіи въ исправномъ видѣ желѣзную дорогу и принадлежащія къ ней недвижимости. Правительство въ правѣ наложить арестъ на доходъ желѣзной дороги за пять лѣтъ до истеченія срока концессіи и обратить его на возстановленіе въ исправномъ состояніи рельсоваго пути, если компанія сама не приметъ мѣръ для выполненія этой обязанности".

Въ-третьихъ, концессіонеръ на основаніи постановленій, установленныхъ практикой судовъ въ отношеніяхъ желѣзнодорожнаго права [6]) и прекаристъ въ римскомъ правѣ [7]) имѣютъ поссессорные иски въ защиту своего владѣнія концедированными предметами.

---

1) *Dumay*, eod. стр. 190.
2) *Baron*, Pandekten, 3—te Aufl. § 171, 181, 183.
3) *Dumay*, eod. стр. 71.
4) L. 1. pr. l. 2 § 2, l. 15 pr. D. prec. 43. 26.
5) *Dankwart*, das Precarium, § 21.
6) *Laurent*, principes, t. VI. § 32, *Dalloz*, Recueil, 1868, I, 117.
7) См. выше гл. I.

Въ-четвертыхъ, особенности закладнаго права на рельсовые пути, обезпечивающаго требованія кредиторовъ концессіонеровъ, приводятъ къ тому выводу, что концессіонеръ отдаетъ въ залогъ такое имущество, на которое онъ имѣетъ не исключительное право собственности, но такое право, которое ограничено тѣмъ главнымъ назначеніемъ, которому должны удовлетворять паровозныя линіи, чего онѣ достигаютъ съ переходомъ въ обладаніе государства, господствующаго надъ концессіонеромъ въ силу удержаннаго за нимъ правъ односторонней отмѣны выданной концессіи. Дѣйствительно, желѣзнодорожное закладное право преслѣдуетъ цѣль обезпеченія требованій „совокупности“ кредиторовъ, имѣющихъ взысканія относительно концессіонеровъ [1]). Совокупныя долговыя требованія обращаются на рельсовый путь въ его цѣлости, не расчленяя его на составныя части [2]). Удовлетвореніе вѣрителей концессіонера тогда только можетъ быть обращено на концедированный предметъ, когда концессіонеръ объявленъ будетъ несостоятельнымъ [3]). Взысканіе осуществляется посредствомъ обращенія доходовъ съ рельсоваго пути въ пользу кредиторовъ, которые не въ правѣ продать подвижной составъ дороги для погашенія своихъ требованій [4]). Залоговое право вѣрителей концессіонера не имѣетъ вліянія на право государства отмѣнить выданный имъ актъ концессіи, такъ какъ правительство удерживаетъ за собой власть разрѣшать концессіонеру заключеніе займовъ, обезпеченныхъ залогомъ рельсоваго пути [5]) Поэтому

---

[1]) *Meili,* das Pfand—und Concurs—Recht der Eisenbahnen, стр. 87 „die Wahrung der Interessen, welche der Gesammtheit der Anleihensgläubiger gegenüber den Theilschuldverschreibungen zustehen als so wichtig anerkannt, dass es den Besitzern der letztern die Geltendmachung ihrer Rechte entzogen und in die Hände eines vom Gericht zu bestimmenden gemeinsamen Curators gelegt hat“.

[2]) *Meili,* eod. отр. 65 „Es handet sich hier um die Verpfandung eines universitas rerum oder einer Sachgesammtheit“.

[3]) *Meili,* eod. стр. 78. „nach dem schweizerischen Gesetze die Realisirung des Eisenbahnpfandrechts nur im Coucurse der Eisenbahngesellschaft erfolgen kann“.

[4]) *Meili,* eod. стр. 52 „dem Gläubiger wird das Recht ertheil vom Gerichte Bestellung eines Einnehmers oder Verwalters zu verlangen, der die Einnahmen nach Bestreitung der Betriebsauslagen zur Bezahlung der betreffenden Gläubiger verwendet“.

[5]) An Act to amend the law relating the secûrities issued by Realway Companies, 10-го августа 1866 (29—30 Vict. cap. 108).

въ желѣзнодорожномъ закладномъ правѣ подлежитъ залогу то отмѣняемое правоотношеніе, которое по аналогіи соотвѣтствуетъ прекаріуму римскаго права. Правда, что римскій прекаристъ не могъ отдавать въ залогъ предметъ своего прекарнаго владѣнія, но односторонняя отмѣна концессіоннаго права, ближе ставитъ его къ прекаріуму, чѣмъ къ инымъ институтамъ вещнаго права. Въ противномъ случаѣ намъ остается, какъ говоритъ Дюмэ, ради „юридической послѣдовательности“ признать за концессіонеромъ такое право собственности на концедированный путь, содержаніе котораго не имѣетъ для него никакого значенія, или допустить, вмѣстѣ съ Лораномъ, существованіе „двойной собственности“ на рельсовый путь, во-первыхъ государства и, во-вторыхъ, концессіонера. Характеристическая особенность акта концессіи ея односторонняя отмѣна со стороны концедента создаетъ для него то исключительное положеніе въ правѣ, которое послужило основаніемъ для указанныхъ нами научныхъ построеній новаго правоотношенія.

Въ-пятыхъ, установленіе прекаріума и концессіи совершается одинаково на основаніи односторонняго акта концедента [1]).

Въ-шестыхъ, въ источникахъ желѣзнодорожнаго права право концедента на концедированный путь всегда, за исключеніемъ ст. 1 закона 15-го іюня 1845 во Франціи, носитъ наименованіе собственности. Но это право, ограниченное въ своемъ осуществленіи, во-первыхъ, общественнымъ пользованіемъ, которому должны служить желѣзныя дороги, во-вторыхъ, — самостоятельнымъ на нихъ правомъ государства, къ которому онѣ предназначены перейти, имѣетъ значеніе новаго правообразованія, дѣйствіе котораго, говоритъ Лоранъ, до сихъ поръ не опредѣлено [2]).

Право выкупа государствомъ концедированныхъ путей и общественное ими пользованіе создаютъ для нихъ то особое положеніе въ правѣ, которое не поддается опредѣленію, по началамъ выработаннымъ въ теоріи общаго гражданскаго права, институтовъ вещнаго права. Право концессіонера на концедированный путь подлежитъ двумъ ограниченіямъ: во-первыхъ, оно отмѣняет-

---

[1]) *Dankwart*, eod. § 60 *Heusler*, Rechtsgutachten.
[2]) *Laurent*, principes t. VI, стр. 56—7.

ся по одностороннему требованію государственной власти, примѣняющей свое право выкупа, и, во-вторыхъ, оно ограничено тѣмъ общественнымъ пользованіемъ, для котораго концедированный путь открывается. Общественное назначеніе концедированныхъ путей дѣлаетъ невозможнымъ отнести право выкупа государствомъ правъ концессіонера къ понятію экспропріаціи, которая имѣетъ значеніе принудительнаго отчужденія частнаго имущества на основаніи общей пользы, т. е. для обращенія его въ общественное пользованіе и непримѣнимо поэтому къ имуществу, состоящему уже in usu publico. Государство самостоятельно рѣшаетъ, можетъ-ли предметъ, состоящій въ общественномъ пользованіи измѣнить свое общественное назначеніе и быть обращенъ на другой видъ общественнаго служенія, не прибѣгая для выполненія этого измѣненія къ экспропріаціи [1]). Государство не экспропріируетъ концессіонера, но одностороннимъ распоряженіемъ лишаетъ его предоставленныхъ ему относительно концедированныхъ путей управомочій, не имѣя ни возможности, ни надобности прибѣгать къ принудительному отчужденію на основаніи общественной пользы имущества, уже состоящаго in usu publico.

Концессіонеръ, не имѣя на концедированный ему путь, ни одного изъ тѣхъ имущественныхъ правъ, которыя подлежатъ дѣйствію экспропріаціи, тѣмъ не менѣе стоитъ относительно уступленнаго ему предмета въ положеніи весьма близко подходящимъ къ понятію о собственности. Онъ имѣетъ поссессорные иски для защиты своего владѣнія, можетъ совершать отмежеваніе земли, находящейся надъ концедированнымъ путемъ, отъ смежныхъ участковъ; онъ въ правѣ установлять относительно предмета своей концессіи сервитуты, залоговое право, но все это подчиняется тѣмъ же ограниченіямъ на основаніи общественнаго назначенія концедированныхъ путей, которыя создали отличіе права выкупа рельсовыхъ путей отъ правъ экспропріаціи всякаго иного имущества, состоящаго въ вещномъ правѣ экспропріата. Концессіонеръ, не смотря на совершаемыя имъ дѣйствія, имѣющія признаки права собственности, подчиненъ отмѣнѣ своихъ управомочій на основаніи усмотрѣнія государственной власти,

---

[1]) *Laurent*, principes, t. VI. § 57.

распоряжающейся дать другое общественное назначеніе состоящему уже въ общественномъ пользованіи предмету, концедированному частному лицу, перенеся обладаніе этимъ предметомъ отъ него на государство путемъ выкупа. Всѣ управомочія концессіонера въ силу возможности быть отмѣненными имѣютъ свойство прекарное, находясь въ зависимости отъ усмотрѣнія государственной власти. Какъ бы близко ни приближалось содержаніе отношеній концессіонера къ понятію права собственности, но отмѣняемость его господства налагаетъ характеръ прекарности на всѣ его управомочія. Поэтому мы думаемъ согласно съ французскими учеными Обри и Ро, мнѣніе которыхъ нами было цитировано, что концессіонеръ имѣетъ на концедированный ему путь прекаріумъ, но мы должны оговориться и отмѣтить то, что желѣзнодорожный прекаріумъ концессіонера предоставляетъ ему болѣе широкій кругъ управомочій, нежели тѣ, которыми располагалъ прекаристъ римскаго права. Подобное расширенное значеніе прекаріума не есть безпримѣрное явленіе въ исторіи этого института, такъ какъ Данквартъ въ цитированной нами монографіи указалъ на преемственность между прекаріумомъ и эмфитевзисомъ, допускающимъ болѣе широкое право эмфитевта сравнительно съ прекаристомъ.

Изложенное пониманіе отношеній концессіонера къ уступленному ему предмету имѣетъ то преимущество предъ тѣми теоріями, которыя признаютъ за нимъ одинъ изъ видовъ вещныхъ правъ—право собственности (Дюмэ), узуфруктъ (Делало) суперфицій (Дернбургъ),—что оно выдвигаетъ впередъ существенный моментъ концессій, въ томъ значеніи, которое даютъ имъ постановленія источниковъ желѣзнодорожнаго права,—моментъ отмѣны ихъ по усмотрѣнію государственной власти и указываетъ на конечное назначеніе рельсовыхъ путей перейдти въ собственность государства. Государство имѣетъ на концедированные пути, состоящіе въ прекарномъ обладаніи концессіонеровъ, во все время продолженія дѣйствія акта концессіи, право собственности, ограниченное общественнымъ пользованіемъ, на основаніи котораго и для котораго совершена была экспропріація земель, необходимыхъ для сооруженія рельсоваго пути. Существо res publicae in publico usu допускаетъ примѣненіе относительно ихъ права собственности, не смотря на то, что онѣ находятся внѣ граж-

данскаго оборота (res extra commercium) [1]). Это право собственности ограничено общественнымъ пользованiемъ, но оно проявляется въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ не сталкивается съ общественнымъ назначенiемъ вещи. На право собственности государства относительно концедированныхъ путей указываетъ Лоранъ, когда онъ говоритъ о необходимости допустить „двойную собственность“ (double propriété) на рельсовые пути,—одну, принадлежащую государству,—другую,—концессiонеру [2]). Право собственности государства на концедированный путь ограничено общественнымъ пользованiемъ, которому онъ открытъ, и концедированнымъ прекарнымъ обладанiемъ концессiонеру. Послѣднее ограниченiе устраняется чрезъ отмѣну концессiи путемъ выкупа совершаемаго государствомъ, — первое неразрывно связано съ предметомъ, для созданiя котораго примѣнено было право экспропрiацiи. Право собственности государства на концедированные пути допускается въ мотивахъ къ прусскому закону 1879 о прiобрѣтенiи нѣсколькихъ желѣзныхъ дорогъ для государства [3]). Но содержанiе этого права столь ограничено, что практическое его значенiе проявляется въ томъ актѣ отмѣны концессiи, которую государственная власть принимаетъ по своему усмотрѣнiю относительно концессiонера или до истеченiя срока концессiи путемъ выкупа, или по наступленiи этого срока чрезъ переходы къ государству концедированнаго пути, при чемъ концессiонеръ, подобно прекаристу, не въ правѣ требовать вознагражденiя отъ концедента за тѣ улучшенiя, которыя онъ на свой счетъ совершилъ относительно концедированнаго ему предмета (ст. 36 cahier des charges).

Допуская ограниченную собственность государства на концедированные пути, состоящiе въ прекарномъ обладанiи концессiонера и подлежащiе общественному пользованiю, мы не думаемъ разрѣшить нерѣшеннаго въ современной наукѣ гражданскаго права, вопроса о правоотношенiяхъ, связанныхъ съ концессiей. Наше изслѣдованiе ограничивается попыткой установить вопросъ о гражданскомъ значенiи акта концессiи, такъ какъ об-

---

1) *Wappäus*, zur Lehre von den dem Verkehr entzogenen Sachen.

2) *Laurent*, principes, t. VI. § 31.

3) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten in Preussen, 1879 Aktenstück къ № 5.

щественное назначеніе концедированныхъ путей, имѣющее опредѣляющее значеніе для положенія въ правѣ рельсовыхъ путей, заставляло отрицать возможность вещнаго права на концедированные пути [1]) Убѣдительное доказательство справедливости сказаннаго представляютъ тѣ пренія, которыя происходили во Франціи въ палатѣ пэровъ по поводу ст. 1-й закона 15-го іюля 1845, постановляющей, что „les chemins de fer font partie de la grande voirie".

§ 6. Опредѣленіе желѣзныхъ дорогъ, содержащееся въ „мотивахъ" къ закону 15-го іюля 1845 г. „о полиціи на желѣзныхъ дорогахъ" во Франціи.

„Желѣзная дорога, разсматриваемая независимо отъ способа передвиженія, составляющаго ея особенность,—есть ничто иное, какъ земляной путь съ слабыми наклонами, съ широко развитыми кривизнами. Съ этой точки зрѣнія къ желѣзнымъ дорогамъ можно примѣнять законы и регламенты, которые опредѣляютъ земляные пути. Но, очевидно, что обыкновенно примѣняемый способъ передвиженія по желѣзнымъ дорогамъ устанавливаетъ существенную ихъ особенность, которая требуетъ совершенно исключительныхъ постановленій. Послѣдствія несчастнаго происшествія, возникшаго изъ проступка, могутъ быть значительны на земляной дорогѣ; но онѣ становятся ужасны на желѣзной дорогѣ. Необходимо соразмѣрять наказаніе съ преступленіемъ. Поэтому господа пэры, представляемый проектъ закона различаетъ существенно факты, относящіеся къ матеріальному сохраненію желѣзной дороги, отъ тѣхъ, которые касаются преградъ, дѣлаемыхъ движенію. Первые могли быть оставлены подъ опредѣленіемъ регламентовъ о государственныхъ путяхъ сообщенія, но другіе должны были быть отнесены къ различнымъ постановленіямъ уголовнаго кодекса" [2]).

Въ этихъ словахъ содержится предметъ закона, изданнаго во Франціи въ 1845-мъ году: предметъ этотъ—новъ въ законодательствѣ. Законъ раздѣленъ на три титула: первый относится къ сохраненію желѣзныхъ дорогъ и къ установленію сервитутовъ, требуемыхъ для этого сохраненія; второй,—къ преслѣдованію

---

[1]) *Laurent,* principes, t. VI. § 54—55.

[2]) Moniteur, 2 fev. 1844.

проступковъ противъ правилъ для государственныхъ путей, совершенныхъ концессіонерами или арендаторами; третій—къ преслѣдованію преступленій, которые могутъ нарушить безопасность движенія по желѣзнымъ дорогамъ.—Законодательная власть не думала дать полнаго кодекса относительно желѣзныхъ дорогъ, она пыталась установить существенные принципы, и удовлетворить точными предписаніями неотложнымъ требованіямъ, указанны́мъ практикою нѣсколькихъ лѣтъ. „Проектъ закона, сказалъ г-нъ Персиль, заключая свой второй докладъ,—не обнимаетъ конечно всѣ случаи, онъ не полонъ. Мы не должны были ни выдумывать факты, ни создавать преступленія; опытъ опровергъ бы наши предположенія и указалъ бы на недостаточность и можетъ быть на ихъ ошибочность. Въ подобныхъ отношеніяхъ надо ждать. Факты предшествуютъ регламентамъ, наказанія наступаютъ только послѣ дѣяній. Мудрость заключается въ умѣньи ждать, наблюдать, собирать и изучать факты....“ [2]).

По закону 15-го іюля 1845 года „о полиціи на желѣзныхъ дорогахъ“ рельсовые пути отнесены къ государственнымъ путямъ сообщенія (art. 1—er).

Редакція, предложенная правительствомъ была формулована такъ: „законы и регламенты о государственныхъ путяхъ сообщенія, имѣющихъ значеніе земляныхъ дорогъ, объявляются примѣнимыми къ желѣзнымъ дорогамъ, исключая слѣдующихъ измѣненій и дополненій.“—Такимъ образомъ въ своемъ проектѣ правительство примѣняло къ желѣзнымъ дорогамъ законы государственныхъ путей и избѣгало, съ явнымъ намѣреніемъ, объявить, что эти дороги составляютъ принадлежность государственныхъ путей.

Коммиссія подражала молчанію правительства, но предлагала, чтобы желѣзныя дороги были *отдѣлены* отъ смежныхъ участковъ оградой, и чтобы онѣ были подчинены административнымъ регламентамъ.

Маркизъ Бартелеми не поколебался предложить принятіе въ принципѣ соединенія желѣзныхъ дорогъ съ государственными путями чрезъ постановленіе, которое составляетъ ст. 1-ую. „Предложенный вамъ законъ,—такъ началъ свою рѣчь маркизъ Бар-

---

1) Moniteur, 18 mars 1845.

телеми въ палатѣ пэровъ, имѣетъ цѣлью дать правительству возможность исполнить, болѣе точнымъ и вѣрнымъ образомъ, важное порученіе, возлагаемое на него обществомъ,—порученіе оградить общественную безопасность, обезпечить жизнь гражданъ и заботиться о сбереженіи государственной собственности (domaine public), которая состоитъ не только изъ собственности казны, но также изъ вещей, которыя законъ, подъ разными условіями, обращаетъ въ общественное пользованіе.—Въ силу этихъ различныхъ основаній, знаменитая декларація 22 дек. 1789 года, налагающая на администрацію обязанность сохраненія рѣкъ и путей, мнѣ кажется, должна быть объявлена примѣнимой къ желѣзнымъ дорогамъ, построеннымъ или концедированнымъ государствомъ, также точно какъ къ другимъ государственнымъ дорогамъ.—Этотъ принципъ, предлагаю я внести въ началѣ настоящаго закона, объявивъ, что желѣзныя дороги, подобно рѣкамъ и каналамъ, имѣютъ значеніе части государственныхъ путей, потому что изъ этого принципа вытекаетъ большая часть постановленій закона“ [1]).

Докладчикъ коммиссіи *Персилъ* возсталъ противъ этого положенія, которое онъ считалъ за опасное опредѣленіе. „Опредѣленіе есть дѣло юрисконсульта, комментатора, моралиста, но никогда не законодателя. Я не первый это говорю; наши наставники въ законодательствѣ выставили въ началѣ кодекса такое правило: omnis definitio in jure periculosa. Дѣйствительно, каждое слово въ опредѣленіи имѣетъ или должно имѣть смыслъ; комментаторъ беретъ его и выводитъ слѣдствія, о которыхъ законодатели можетъ быть никогда не думали. Взгляните, что говорятъ вамъ о настоящемъ опредѣленіи. Желѣзныя дороги относятся къ государственнымъ путямъ, слѣдовательно къ нимъ примѣнимы всѣ законы о государственныхъ путяхъ; всѣ! И однако, разсмотрите экономію редакціи. Она, наоборотъ, имѣетъ цѣлью ограничить это примѣненіе относительно распланировки, насадокъ, охраненія рвовъ и выпаса для скота; откуда возникаетъ явное противорѣчіе между первой и второй половиной поправки, которое можно избѣжать, сказавъ что, тѣмъ не

---

1) Moniteur, 31-er mars 1844.

менѣе законы о государственныхъ путяхъ не примѣнимы относительно распланировки, насадокъ и рвовъ“ [1]).

Коммиссія палаты пэровъ не оспаривала въ существѣ того, что желѣзныя дороги должны быть государственными путями, но она, думала, что безполезно провозглашать этотъ принципъ. Наоборотъ, чтобы выяснить его необходимость, королевскій коммиссаръ, поддерживавшій сдѣланную поправку, къ которой присоединилось правительство, излагалъ то значеніе, какое будетъ имѣть это начало, поставленное въ заголовкѣ закона. Если желѣзныя дороги, говорилъ онъ, принадлежатъ къ государственнымъ путямъ, то земля, по которой онѣ идутъ, неотчуждаема. Администрація имѣетъ право, котораго она не имѣла бы помимо этого постановленія, требовать снесенія построекъ, расположенныхъ вдоль государственнаго пути и которыя угрожали бы разрушеніемъ;—она имѣетъ право брать матеріалы на земляхъ, указанныхъ административными актами для сооруженія и поддержанія желѣзныхъ дорогъ. Есть даже вопросы эксплоатаціи, которые требуютъ, для правильнаго рѣшенія, чтобы не было никакой неопредѣленности относительно классификаціи желѣзныхъ дорогъ въ разрядъ государственныхъ путей. Если можно бы было отнять отъ желѣзныхъ дорогъ это значеніе, мы встрѣтились бы въ будущемъ съ значительными трудностями; и я повторяю, такъ какъ сомнѣніе возникло, необходимо, чтобы оно вполнѣ изчезло“ [2]).

Дюмонъ, министръ публичныхъ работъ, отвѣтилъ, что если проектъ коммиссіи уравнялъ бы вполнѣ желѣзныя дороги съ земляными или водяными путями, то было бы, можетъ быть излишнимъ объявить ихъ принадлежащими къ государственнымъ путямъ, но разъ уже сдѣлали оговорки, то стало необходимо, чтобы не было сомнѣнія, что желѣзныя дороги принадлежатъ къ государственнымъ путямъ.—Но, говорятъ, мы не оспариваемъ, что желѣзныя дороги принадлежатъ къ государственнымъ путямъ; все это знаютъ, видятъ, признаютъ. Мы только отказываемся это высказать. Я спрашиваю, почему вы отказываетесь и скажу, почему мы настаиваемъ. Изъ сущности государственныхъ путей вытекаетъ совершеніе извѣстныхъ послѣдствій, которыя на васъ не

1) Moniteur, 2 avril 1844.
2) Moniteur, 2 avril 1844.

произвели впечатлѣнія и которыя въ высшей степени поражаютъ насъ. Это потому, что думая дать всему опредѣленіе, вы опредѣляете второстепенные пункты и пропускаете главные...."

„Желѣзныя дороги не подлежатъ дѣйствію давности; это такъ должно быть, всѣ съ этимъ согласны. Являются-ли онѣ такими въ нашей редакціи? Г-нъ докладчикъ только что говорилъ, что онѣ изъяты отъ дѣйствія давности, потому что онѣ составляютъ собственность государства. Гдѣ это написано? Нигдѣ. Я понимаю, что сила вещей заставляетъ судить такимъ образомъ, и я обратился бы, при молчаніи закона, къ судебной практикѣ, которая, надѣюсь, насъ поддержала бы. Но намъ предлагаютъ судъ, когда мы требуемъ закона. Надо будетъ доказать административной юстиціи, что желѣзныя дороги принадлежатъ къ государственной собственности. Это нигдѣ не напечано. Разъ вы рѣшите, что желѣзныя дороги принадлежатъ къ государственнымъ путямъ,—процессъ оконченъ, нѣтъ возможности для сомнѣнія, такъ какъ государственные пути относятся къ собственности государства и на основаніи этого значенія желѣзная дорога не подлежитъ дѣйствію давности".

„Въ послѣднемъ засѣданіи я сказалъ коммиссіи, что ст. 6, предлагающая намъ для гарантіи общей безопасности снесеніе зданій, по предварительному и справедливому вознагражденію,— не кажется мнѣ достаточнымъ обезпеченіемъ.—Коммиссія сѣтовала, быть можетъ слишкомъ рѣзко, что возраженіе не совсѣмъ откровенно, что ст. 6 не примѣняется къ случаямъ снесенія зданій, сдѣлавшагося необходимымъ вслѣдствіе непредотвратимой опасности, но къ случаямъ сломки зданій, находящихся въ состояніи полной исправности, но слишкомъ близко стоящихъ къ желѣзной дорогѣ и намъ указали на общія полномочія, которыя законы 1790 года возлагаютъ на правительство съ цѣлью общественной безопасности и здравія. Я прочту этотъ законъ, и вы увидите, нѣтъ ли здѣсь еще спора, подлежащаго разрѣшенію того суда, предъ которымъ надо будетъ явиться.—Предметы полиціи, порученные надзору и власти муниципальныхъ корпорацій, суть: все, что относится къ безопасности и удобству прохода по улицамъ, набережнымъ, площадямъ и общественнымъ путямъ; что относится къ очисткѣ, освѣщенію, свозу загроможденій, *сломкѣ или починкѣ зданій, грозящихъ разрушиться....*"

„Будетъ-ли принята поправка Бартелеми? Не подлежитъ сомнѣнію тогда, что желѣзная дорога относится къ государственнымъ путямъ; зданія вдоль желѣзной дороги имѣютъ значеніе зданій вдоль государственнаго пути; если они грозятъ разрушиться, правительство въ правѣ ихъ снести. Откажете вы въ этомъ объявленіи, что желѣзныя дороги принадлежатъ къ государственнымъ путямъ сообщенія, — тотчасъ возникаютъ затрудненія. Когда захотятъ сломать домъ, прилегающій къ желѣзной дорогѣ, скажутъ: дѣло идетъ не о дорогѣ, набережной, государственномъ пути; правительство требовало, чтобы желѣзныя дороги были объявлены принадлежащими къ государственнымъ путямъ, и если, въ преніяхъ, признали, что это такъ, то въ законѣ отказали это выразить".

„Третій примѣръ. Признаніе желѣзныхъ дорогъ государственными путями, о которомъ мы ходатайствуемъ предъ вами, содержитъ въ себѣ предоставленіе права заимствовать матеріалы изъ сосѣднихъ участковъ для совершенія построекъ и починокъ. Признайте, что желѣзныя дороги подлежатъ законамъ о государственныхъ путяхъ,—онѣ будутъ пользоваться этой привилегіей и вы не будете находиться въ затрудненіи. Мы не требуемъ исключительно философскаго опредѣленія".

„Опредѣленіе для разумѣнія только — безполезно, но такое опредѣленіе, которое имѣетъ цѣлью подчинить цѣлый институтъ одному закону предпочтительно предъ другимъ—не безполезно; это — дѣйствительно законодательное постановленіе; если мнѣ позволено выставить противъ цитаты другую цитату, то я скажу: omnes lex debet a definitione proficisci" [1]).

Законъ 15-го іюля 1845 года во Франціи имѣетъ въ виду поставить рельсовые пути, сооруженные или концедированные государствомъ, въ одинаковое положеніе съ государственными путями сообщенія, сухопутными или водяными, т. е. распространить на нихъ дѣйствіе ст. 714 и 538 гражданскаго кодекса. Первая изъ этихъ статей говоритъ, что существуютъ „нѣкоторыя вещи, которыя, не принадлежа никому въ отдѣльности, подлежатъ общему пользованію всѣхъ. Способъ пользованія ими опредѣляется полицейскими законами". Комментируя приведенную

---

1) Moniteur, 2 avril 1844.

ст. 714 гражданскаго кодекса Лоранъ[1]) говоритъ, что она относится къ вещамъ, которыя римскіе юристы называли res publicae, т. е. пользованіе которыми принадлежало всѣмъ гражданамъ. Это тѣ вещи, которыя по ст. 538 с. с. относятся къ собственности государства, какъ-то: дороги, судоходныя и сплавныя рѣки.

Ст. 714 и 538 с. с. говорятъ о вещахъ, „не принадлежащихъ никому въ особенности", „пользованіе которыми принадлежитъ всѣмъ", т. е. о вещахъ, находящихся внѣ гражданскаго оборота, о „res extra commercium". Значеніе res extra commercium разсмотрѣно было выше. Здѣсь напомнимъ только, что онѣ не могутъ быть предметомъ исключительной собственности [2]), но не исключаютъ квалифицированной на нихъ собственности, ограниченной тѣмъ общественнымъ пользованіемъ (usus publicus), которому онѣ открыты. Французскій кодексъ обозначаетъ однимъ общимъ терминомъ „domaine" право государства на имущества, принадлежащія ему въ исключительную собственность, какъ казнѣ, напр. государственные земли, лѣса, и на вещи, состоящія въ общемъ пользованіи, напр. дороги, судоходныя рѣки. Лоранъ предлагаетъ для нагляднаго различія содержанія того права, которое принадлежитъ государству относительно этихъ двухъ видовъ вещей, однихъ, находящихся внѣ оборота,—другихъ, подлежащихъ частному праву собственности, называть „domaine public de l' Etat"—право на имущество внѣоборотное, и „domaine privé de l' Etat"—право на имущество, находящееся въ оборотѣ. Для насъ важно прослѣдить, какого рода право вещное принадлежитъ государству на внѣоборотныя вещи, въ чемъ состоитъ существо domaine public de l'Etat, такъ какъ законъ 15-го іюля 1845 года отнесъ рельсовые пути къ государственнымъ путямъ сообщенія.

„Въ современномъ правѣ общемъ для всѣхъ цивилизованныхъ народовъ допускается, что государство имѣетъ *родъ собственности* (espéce de propriété) на часть моря, омывающаго берегъ, въ разстояніи отъ него на пушечный выстрѣлъ. Мы утверждаемъ, что *морская собственность* (domaine maritime), даже такимъ образомъ ограниченная, имѣетъ значеніе извѣстнаго *рода собственности*. Это *квази-собственность* (quasi—propriété) имѣетъ

---

[1]) *Laurent*, Principes de droit civil, t. VI. стр. 6.

[2]) *Laurent*, eod t. VI, стр. 7.

примѣненіе въ французскомъ правѣ только къ рыбной ловлѣ и къ таможенной охранѣ. Трактаты и обычаи опредѣляютъ предѣлы, въ которыхъ рыбный промыселъ исключительно принадлежитъ береговымъ собственникамъ,—а также пространство, подчиненное таможенному надзору“ [1]). Но море и его берега открыты постоянно общественному пользованію, создающему особенность „морскаго права собственности“, называемаго квази-собственностью (Лоранъ).

Государство имѣетъ вещное право на судоходныя рѣки, берега которыхъ принадлежатъ прибрежнымъ собственникамъ. На основаніи вещнаго права на русло судоходной рѣки государству принадлежитъ островъ, образовавшійся въ ней. При обсужденіи ст. 560 и 561 французскаго гражданскаго кодекса въ государственномъ совѣтѣ *Жоливэ* (Jollivet) замѣтилъ, что прежніе ордонаты не относили острововъ къ собственности націи. *Трейларъ* (Treilhard) отвѣтилъ, что вопросъ о правѣ собственности на островъ, образовавшійся въ рѣкѣ, рѣшенъ, потому что русло судоходныхъ рѣкъ принадлежитъ къ національной собственности (domaine national), откуда слѣдуетъ что островъ, составляя часть русла, слѣдуетъ за главной вещью [2]). Не только островъ, образовавшійся среди судоходной рѣки, принадлежитъ государству, но также деревья, выросшія въ этомъ руслѣ [3]). Но право вещное принадлежащее государству на русло рѣки и ея принадлежности (островъ, деревья), ограничено общественнымъ пользованіемъ судоходными водами; это общественное пользованіе ограничиваетъ прибрежныхъ собственниковъ, подчиняющее береговые участки сервитуту бечевника.

Римское право считало воды проточныя (aqua profluens) за res communis omnium, не подлежащія вовсе дѣйствію права гражданскаго. Французское право не знаетъ особой категоріи res communes omnium, такъ какъ всѣ вещи по отношенію къ ихъ обладателямъ раздѣляются на два разряда,—однѣ, принадлежащія частнымъ лицамъ,—другія,—государству. Ст. 714 с. с., правда, говоритъ о вещахъ, не принадлежащихъ никому въ особенности,

---

[1]) *Laurent*, eod. t. VI, стр. 11—12.

[2]) *Locré*, la législation civile, commerciale et criminelle de la France, t. IV, стр. 65. Séance du conseil d'Etat du 27 vendémiaire an XII.

[3]) *Laurent*, eod. t. VI § 11.

но отсюда не слѣдуетъ, чтобы она создавала отдѣльный видъ res communes omnium, она только указываетъ, что эти вещи не могутъ быть предметомъ заимки, о чемъ говоритъ ст. 715 с. с.

Устраняя понятіе res communes omnium, французское право признаетъ въ ст. 644 право общаго пользованія владѣльцевъ, прилегающихъ къ проточнымъ водамъ, а въ ст. 645 с. с. это право называется „собственностью".

„Эта собственность имѣетъ своеобразную природу. Очевидно— это не безусловная собственность, опредѣленная ст. 544 с. с., потому что прибрежные собственники не имѣютъ права распоряжаться водою неограниченнымъ образомъ. Ст. 645 с. с. говоритъ что надо „согласовать интересы земледѣлія съ должнымъ уваженіемъ къ праву собственности". Поэтому право прибрежныхъ собственниковъ на проточную воду есть право собственности общее, а не исключительная собственность" [1]).

„Право на проточную воду имѣетъ значеніе *особой собственности*, которая даетъ права, ограниченныя однородными правами прибрежныхъ собственниковъ. Она налагаетъ также опредѣленныя обязанности. По закону 14 флореаля годъ XI [2]) прибрежные собственники должны нести, по соотвѣтствію своихъ правъ, издержки по очистки русла проточныхъ водъ. Между правами и обязанностями прибрежныхъ собственниковъ на проточную воду существуетъ необходимое логическое соотвѣтствіе. Прибрежные собственники обязаны очищать несудоходныя рѣки, потому что эти рѣки состоятъ въ ихъ собственности" [3]).

„Говоря, что право собственности на несудоходныя рѣки есть особая собственность (proprieté speciale), подчиненная общимъ интересамъ прибрежныхъ собственниковъ, это право сводится къ пользованію водами для нуждъ земледѣлія и промышленности, оно признано по ст. 644 с. с." [4]). Право общей собственности прибрежныхъ владѣльцевъ на проточныя, но не судоходныя, рѣки, даетъ имъ право пользоваться рыбной ловлей [5]), извлекать

---

1) *Laurent*, eod. t. VI. стр. 33.
2) *Dalloz*, Repertoire, v-o „Eaux" § 107 и 228.
3) *Laurent*, eod. t. VI. стр. 35.
4) *Laurent*, eod. t. VI, § 20, стр. 39.
5) *Dalloz*, Recueil, 1865, 4, 31.

песокъ, камень, растенія со дна рѣки, принадлежащіе прибрежнымъ собственникамъ, какъ принадлежность русла рѣки [1]).

Ограниченное право собственности береговыхъ владѣльцевъ на несудоходныя рѣки и проточную воду ставитъ ихъ въ зависимость отъ административной власти, отъ дозволенія которой зависятъ тѣ дѣйствія береговыхъ собственниковъ послѣдствія которыхъ могутъ причинить вредъ сосѣдямъ отъ поднятія или пониженія воды [2]). Несудоходныя рѣки не подлежатъ обложенію поземельнымъ налогомъ на основаніи закона 3 фримера годъ XII не потому что онѣ находятся внѣ гражданскаго оборота, чего относительно ихъ не допускаетъ дѣйствующее французское гражданское право, но потому что онѣ имѣютъ значеніе имущества, не приносящаго правильнаго дохода [3]).

Переходя къ разсмотрѣнію того положенія, которое занимаютъ въ правѣ гражданскомъ дороги и улицы (chemins, routes et rues), мы увидимъ, что онѣ находятся въ общественномъ пользованіи, но онѣ вмѣстѣ съ тѣмъ состоятъ на правѣ собственности у государства, общинъ, смотря потому, проведены-ли онѣ на землѣ, принадлежащей государству или общинѣ [4]). Эта собственность, подобно тому какъ мы это видѣли относительно всѣхъ вещей, открытыхъ для „права участія общаго", ограничена общественномъ пользованіемъ.

Во всѣхъ разсмотрѣнныхъ здѣсь отношеніяхъ для вещей, находящихся въ общественномъ пользованіи, существуетъ ограниченное право собственности, во-первыхъ, государства на море и его берега, на русло судоходныхъ и сплавныхъ рѣкъ; во-вторыхъ, береговыхъ собственниковъ на рѣки несудоходныя; въ-третьихъ, государства и общинъ на дороги, улицы, проведенныя по землямъ, принадлежащимъ имъ на правѣ собственности.

На ряду съ этими предметами, состоящими въ правѣ собственности (quasi-propriété, propriété speciale у Лорана) особую группу вещей образуютъ „концедированные пути". Они имѣютъ тотъ общій признакъ съ только что разсмотрѣнными предметами, что

---

1) *Laurent*, eod. t. VI, стр. 39.
2) *Laurent*, eod. t. VI, стр. 42.
3) *Laurent*, eod. t. VI, стр. 40—1.
4) *Locré*, la legislation de la France, t. IV, стр. 23.

они также открыты общественному всѣхъ пользованію. Но вопросъ о положеніи ихъ въ правѣ гражданскомъ усложняется двойственностью правъ относительно ихъ, во-первыхъ, государства и, во-вторыхъ, концессіонера. Господствовавшее до конца XVIII ст. понятіе о неограниченности верховной власти въ государствѣ создало возможность такихъ актовъ, которые установляли право частной собственности концессіонеровъ на концедированные имъ пути. Во Франціи такъ называемый южный- каналъ концедированъ государственной властью его строителю Рикэ на слѣдующихъ основаніяхъ. Проведенный каналъ передается въ собственность строителю и его наслѣдникамъ „безъ возможности быть объявленнымъ государственнымъ" (sans pouvoir être réputé domanial), надо было поэтому примѣнить право экспропріаціи, чтобы передать „южный каналъ" во Франціи въ собственность государства [1]. Въ старинныхъ бельгійскихъ провинціяхъ концедированные каналы укрѣплялись на правѣ собственности за концессіонерами [2].

Но какъ ни могущественна была королевская власть въ прошломъ столѣтіи, говоритъ Лоранъ, она тѣмъ не менѣе не могла сдѣлать невозможнаго и обратить государственные пути въ частную собственность [2].

„Концессія даетъ концессіонеру *ограниченную собственность*, подчиненную *повинности* (charge), или, какъ говоритъ судебная практика, *вѣчному сервитуту*, который подчиняетъ концедированный путь общественному пользованію для котораго онъ былъ созданъ" [4].

На ряду съ тѣмъ ограниченіемъ, которому подчиняется концессіонная собственность на основаніи права участія общаго, открытаго для всѣхъ относительно концедированныхъ путей, она еще подлежитъ другаго рода ограниченію со стороны самаго государства, выдавшаго актъ концессіи съ оговоркой своего „права выкупа" до истеченія срока концессія и „права на переходъ" концедированнаго пути по окончаніи срока концессіи.

Наука гражданскаго права знаетъ понятіе „отмѣняемаго права собственности" (dominium revocabile). „Право собственно на-

---

1) *Dalloz*, Repertoire, v-o „Voirie par eau § 1:3.

2) *Laurent*, eod. t. VI, § 14.

3) *Laurent*, eod. t. VI, § 56.

4) *Laurent*, eod. t. VI, § 56.

зывается отмѣняемымъ, когда извѣстныя обстоятельства, которыя независимо отъ воли собственника должны непремѣнно и могутъ съ вѣроятностью наступить, лишаютъ его ipso jure права собственности или переносятъ его на другаго. Такого рода собственность принадлежитъ тому, кто передалъ ее другому подъ суспенсивнымъ условіемъ или со времени наступленія извѣстнаго срока,— или кто пріобрѣлъ собственность подъ резолютивнымъ условіемъ, или до наступленія срока. Обладатель отмѣняемой собственности имѣетъ значеніе собственника до ея отмѣны. Онъ удерживаетъ послѣ отмѣны право собственности на плоды и приращенія, собранныя въ промежуточное время" [1]).

Понятіе „отмѣняемой собственности" оттого не приложимо къ отношеніямъ концедента—государства и концессіонера, что государство имѣетъ не одно будущее право на „концедированный путь", когда послѣдуетъ отмѣна правъ концессіонера, но, во время продолженія концессіонныхъ отношеній, оно въ правѣ требовать отъ концессіонера исполненія тѣхъ улучшеній на пути, которыя государственная власть найдетъ необходимыми и всѣ эти улучшенія, всѣ приращенія, принадлежности концедированнаго пути переходятъ къ государству съ прекращеніемъ концессіи и концессіонеръ не имѣетъ относительно ихъ никакого права [2]). Если въ отношеніяхъ собственника „отмѣняемой собственности" (dominium revocabile) онъ пріобрѣтаетъ въ промежутокъ времени, когда его право осуществлялось, собственность на приращенія къ предмету своего господства, на томъ основаніи что онъ имѣетъ значеніе собственника главной вещи, то, мы думаемъ, что концедентъ—государство, удерживающее за собой всѣ улучшенія концедированнаго пути, сдѣланныя во время концессіи, должно имѣть до отмѣны концессіонныхъ отношеній на концедированный путь извѣстнаго рода право вещное. Приращенія къ главной вещи, улучшенія концедированнаго пути удерживаются государствомъ, къ которому поступаетъ рельсовый путь на томъ основаніи, что оно, какъ собственникъ главной вещи пріобрѣтаетъ право собственности на принадлежность [3]). Такимъ

---

1) *Baron*, Pandekten, § 128, n. V.
2) Cahier des Charges, art. 32.
3) *Baron*, Pandekten, § 139, n. II.

образомъ на ряду съ ограниченной собственностью концессіонера можетъ быть отмѣчено право собственности государства, проявляющее свое гражданское дѣйствіе во время существованія правъ концессіонныхъ.

Идея „двойственной собственности“ не чужда наукѣ гражданскаго права, которая допускаетъ въ нѣсколькихъ отдѣльныхъ случаяхъ ту „double propriété“, о которой говоритъ Лоранъ по отношенію правъ государства и концессіонера на концедированные пути [1]). Въ римскомъ правѣ существовали dominium ex jure Quiritium и понятіе in bonis esse (бонитарная собственность) на res mancipi, перешедшія не цивильными способами пріобрѣтенія. Въ средніе вѣка возникаетъ отличіе „dominium directum“ и „dominium utile“, принадлежащіе на одну и туже вещь, такъ что каждое изъ этихъ правъ—„прямая и полезная собственность“ составляютъ „dominium divisum“ „разчлененную собственность“. Хотя ученіе о dominium directum и utile отвергается всѣми изслѣдователями римскаго права, которые относятъ право, возникающее изъ dominium utile, къ правамъ на чужую вещь [2]), но тѣмъ не менѣе римское право знаетъ другую форму вещныхъ отношеній, гдѣ „двойная собственность“ находитъ свое примѣненіе. Въ большинствѣ случаевъ вещи тѣлесныя, составляющія приданое (dos) замужней женщины, поступали мужу ея на правѣ собственности [3]). Но замужняя женщина сохраняетъ относительно своего dos право на то, чтобы доходъ, приносимый ея приданымъ обращался на то назначеніе, ради котораго оно установлено. Поэтому замужняя женщина въ правѣ обратно потребовать свое приданое во время продолженія своего брака, если мужъ его растрачиваетъ или становится несостоятельнымъ. Мало того, замужняя женщина, въ составъ приданаго которой входитъ недвижимое имущество, освобождается отъ обязанности представлять судебное обезпеченіе предъявленнаго къ ней иска, подобно тому, какъ отъ этого освобождается самъ собственникъ; она имѣетъ право обратнаго иска къ тѣмъ лицамъ, которыя продали недвижимое имущество, поступившее въ составъ ея приданаго, если впослѣдствіи оно будетъ

---

1) *Laurent*, Principes, t. VI § 31.
2) *Baron*, eod. § 128, n. II.
3) *Baron*, eod, § 334.

присуждено тѣмъ постороннимъ вступщикамъ, которые докажутъ свое право собственности на это имущество и получатъ его отъ мужа, которому приданое перешло въ собственность [1]).

На основаніи всѣхъ этихъ обстоятельствъ римскіе юристы допускали, что приданое принадлежитъ замужней женщинѣ, а Юстиніанъ призналъ, что право собственности мужа на приданое существуетъ только „legum subtilitate", тогда какъ замужняя женщина является собственницей приданаго ex naturale jure [2]).

Подобная двойственность права собственности на концедированный путь замѣчается въ отношеніяхъ къ нему концедента—государства и концессіонера — компаніи. Концессіонеръ имѣетъ поссессорные иски,—онъ имѣетъ право обременять рельсовый путь сервитутами и правомъ залога; концеденту принадлежатъ всѣ тѣ приращенія, которыя будутъ совершены въ теченіи концессіи къ главному предмету—„полотну желѣзной дороги, Bahncörper, railway land". Но концеденту принадлежитъ преимущественное, господствующее надъ концессіонеромъ право на концедированный путь, что выражается въ принадлежащемъ ему *правѣ отмѣны* концессіи. Мало того, концедентъ—государство участвуетъ въ сооруженіи и эксплоатаціи рельсовыхъ путей въ такой значительной степени своими денежными средствами, что безъ содѣйствія государства они не могли бы вовсе быть выполнены [3]). Экономическое преобладаніе концедента—государства надъ концессіонеромъ—компаніей даетъ ему преобладающее положеніе въ правѣ по отношенію къ концедированному пути. Двойственная собственность (double propriété) у Лорана государства и концессіонера не только ограничена господствующимъ значеніемъ перваго надъ послѣднимъ, но она подчинена общественному пользованію, для удовлетворенія котораго проводятъ рельсовые пути. Общее пользованіе (usus publicus) концедированными путями имѣетъ значеніе сервитута, ограничивающаго право вещное на желѣзную дорогу государства и компаніи.

Въ такой схемѣ представляются разнообразныя правоотношенія, сложившіяся надъ концедированными путями. Въ нихъ на-

---

1) *Baron*, eod. § 335.

2) *Baron*, eod. § 337 in. fine, l. 30. C. de j. d. 5. 12.

3) *Jacqmin*, des obligations des chemins de fer, стр. 8.

ходятъ свое выраженіе и признаніе, во-первыхъ, общее пользованіе желѣзной дорогой; во-вторыхъ, значеніе ихъ имущественное, какъ совокупности вещей, подлежащихъ ограниченному праву концессіонера и господствующему надъ нимъ праву государства. Этотъ послѣдній моментъ привелъ многихъ [1]) изслѣдователей юридическаго значенія концедированныхъ путей къ признанію того, что концессіонеръ имѣетъ на концедированный путь одно лишь прекарное владѣніе въ томъ значеніи, которое оно имѣло въ римскомъ правѣ въ началѣ своего развитія, т. е. когда оно давало прекаристу отмѣняемое по усмотрѣнію рогатуса владѣніе. Эта идея вѣрна только въ томъ смыслѣ, что указываетъ на преобладающее положеніе государства надъ концессіонеромъ. Но ближайшее изученіе источниковъ желѣзнодорожнаго права свидѣтельствуетъ о томъ, что права концессіонера, хотя подчиненныя праву государства, несравненно шире того господства, которое имѣлъ прекаристъ. Поэтому тотъ же ученый юристъ имя котораго пользуется всеобщей извѣстностью,—Лоранъ,—впадая съ самимъ собой въ противорѣчіе, ставитъ концедированные пути не въ прекарное обладаніе концессіонера, какъ онъ это высказываетъ въ § 299 томъ 32 своихъ „principes“, но признаетъ относительно ихъ „двойственную собственность“ (double propriété) государства и концессіонера [2]).

Всѣ попытки, сдѣланныя въ наукѣ гражданскаго права для уясненія юридическаго значенія концедированныхъ путей, сводятся къ одному общему признанію характера вотчиннаго, вещнаго за тѣмъ правомъ, которое имѣютъ на желѣзныя дороги государство и концессіонеръ, отмѣчая вмѣстѣ съ тѣмъ господству-

---

[1]) *Laurent*, Principes t. 32, § 299, *Proudhon*, du domaine public, t. I, стр. 281, *Dufour*, droit administratif. t. II, стр. 422. *Aubry et Rau*, cours de droit français, t. II стр. 40.

[2]) *Laurent*, Principes, t. VI, § 31. Лоранъ, противорѣча сдѣланному имъ въ томѣ 32 § 299 построенію правъ концессіонера въ современномъ правѣ, въ значеніи прекаріума римскаго права, говоритъ: „признать за концессіонеромъ одно лишь прекарное владѣніе означало бы, что у него никакихъ правъ нѣтъ, чего нельзя допустить, такъ какъ концессіонеръ имѣетъ право на сборъ и право владѣнія во все время концессіи“. Мы добавимъ,—концессіонеръ имѣетъ еще болѣе широкое вещное право на концедированной путь, о чемъ свидѣтельствуютъ источники желѣзнодорожнаго права.

ющее, доминирующее значеніе права, принадлежащаго государству надъ правомъ концессіоннымъ, что привело къ попыткамъ примѣнить институтъ прекаріума относительно правъ концессіонера на рельсовые пути. Вещныя права государства и концессіонера на концедированные пути ограничены общественнымъ пользованіемъ, для котораго послѣдніе предназначаются. Этотъ моментъ отмѣченъ въ ст. 1 закона 15-го іюля 1845, относящаго желѣзныя дороги къ государственнымъ путямъ сообщенія. Вещный характеръ правъ государства и концессіонера на желѣзныя дороги нашелъ свое признаніе въ положеніяхъ, созданныхъ позднѣйшими источниками желѣзнодорожнаго права, съ содержаніемъ которыхъ мы познакомились выше.

Мы закончимъ настоящій нашъ „опытъ изслѣдованія“ постановленій, созданныхъ источниками желѣзнодорожнаго права, и теорій, выработанныхъ научной литературой, иллюстраціей тѣхъ отношеній, которыя примѣняются къ рельсовымъ путямъ, заимствованной изъ недавно появившагося обширнаго труда американскаго писателя *Пирса* о „желѣзнодорожномъ правѣ“. Общественное пользованіе паровозной линіей и преимущественное на нее право концессіонной компаніи приходятъ въ наиболѣе близкое соприкосновеніе тогда, когда желѣзная дорога проходитъ по улицамъ города, предназначеннымъ для постояннаго движенія по нимъ не однихъ только вагоновъ, но также пѣшеходовъ и экипажей, передвигаемыхъ иными, нежели посредствомъ пара, механическими двигателями. „Уличная желѣзнодорожная компанія имѣетъ на правѣ собственности тѣ сооруженія, которыя произведены ею на общественномъ пути,—и имѣетъ предпочтительное право на пространство, находящееся подъ ея линіей. Ея вагоны пріурочены къ движенію по опредѣленному направленію и имѣютъ относительно этой линіи преимущество предъ прочими экипажами, которые могутъ двигаться по остающейся поверхности въ общественномъ пути. Публика пѣшкомъ и въ экипажахъ можетъ пересѣкать уличную желѣзную дорогу и двигаться вдоль нея, когда вагоны компаніи не идутъ по рельсамъ. Лицо, ѣдущее по рельсамъ компаніи должно своевременно очистить путь, дабы не замедлить на немъ движенія. Компанія въ осу-

ществленіи своего преимущественнаго, но не исключительнаго права, должна проявлять благоразумную заботливость, необходимую при этого рода движеніи, такъ чтобы не мѣшать лицамъ, иначе пользующимся улицей. Имѣя собственность на сооруженіе которое совершила компанія для паровознаго движенія, и слѣдовательно имѣя привелегію, ея рельсы не подлежатъ пользованію другой компаніи безъ особаго административнаго дозволенія. Подобное пользованіе есть прямое вмѣшательство въ ея привилегію и существенно отличается отъ случайнаго пользованія рельсами со стороны массы публики. Концессія на уличную желѣзную дорогу не имѣетъ сама по себѣ исключительнаго значенія, такъ что впослѣдствіи можетъ быть дана концессія другой желѣзнодорожной компаніи для пользованія другой частью улицы, гдѣ она сооружаетъ конкуррирующую линію, не вознаграждая за убытки, отъ этого причиняемые прежнему концессіонеру. Городъ удерживаетъ контроль надъ улицей, по которой проведена желѣзная дорога,—и можетъ на ней совершать необходимыя починки и улучшенія, которыя причиняютъ временныя неудобства и загражденія движенію на рельсахъ. Государство сохраняетъ свою полицейскую власть относительно требованія отъ желѣзнодорожныхъ компаній новыхъ огражденій при пересѣченіи улицъ и при пользованіи ими.—Законодательная власть можетъ дозволить проведеніе желѣзной дороги подъ или надъ (elevated railroads) общественнымъ путемъ и, когда она такъ сооружена,—право собственности на нее опредѣляется тѣми же принципами, какъ если бы она была проведена по поверхности общественнаго пути сообщенія“ [1]).

---

[1]) *Pierce,* a treatise on the law of railroads, chapter VII, in fine.

БИБЛІОГРАФІЯ.

Азаревичъ, Прекаріумъ по римскому праву, 1877.

Анненковъ, Опытъ комментарія къ уставу гражданскаго судопроизводства, 1878 т. I, стр. 18—34.

Arndts, Pandekten, § 135, 173.

Aubry et Rau, Droit civil français 4—me ed. § 180.

Aucoc, Conferances sur le droit administratif.

Auerbach, Das Actienwesen, 1873.

Baron, Pandekten, 1879 § 208.

Blanche, Des transports par chemins de fer, 1866.

Batbie, Droit public, t. VII, § 253, 258.

Bedarride, des chemins de fer an point de vue du transport, 2 vls, 1876.

Борзенко, Матеріалы по желѣзнодорожнымъ вопросамъ, 1880.

Его-же, Гражданскія ограниченія желѣзнодорожныхъ предпріятій, 1881.

Его-же, Сан-готтардское желѣзнодорожное предпріятіе, въ „Русскомъ Вѣстникѣ“, 1882. № 11.

Боровиковскій, Законы гражданскіе съ объясненіями по рѣшеніямъ гражд. кассац. департ. правит. сената, 1882.

Бѣловъ и *Рыбаковъ*, Наши пути сообщенія, Спб. 1882.

Beschorner, Das deutsche Eisenbahnrecht.

Bluntschli, Rechtsgutachten betreffend Steuerpflicht der Schweizerischen Centralbahngesellschaft. 1860.

Brinz, v-o Expropriation въ Staatswörterbuch von Bluntschli und Brater.

Browne and Theobald, the law of railway companies, 1881.

Buddeus, v-o Expropriation въ allg. Encyclopädie von Ersch und Gruber.

Bulling, Das Precarium.

Cohn, Die englische Eisenbahnpolitik, 1874.

Carrard, H. Consultation sur la nature juridique des concessions de chemins de fer en general, 1877.

Cotelle, Droit administratif, t. IV, § 57, t. II, § 4—8, t. I, § 19.

Cujacius, IV, obs. 7.

Dalloz, Repertoire, v-o „Concession“, „Voirie par chemins de fer“, „Voirie par eau“.

Dalloz, *Recueil*. Ссылки въ текстѣ.

Dankwardt, das Precarium und die Emphyteuse, въ Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. XIV.

Delaleau, Des droits des concessionnaires de travaux publics, въ Revue de legislation, publiée par Wolowsky. t. I, V.

Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, Bd. I, стр. 41.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd. I, § 26.

Domat, Lois civiles, liv. III, t-i-t. VII, sect. I.

Ducrocq, Cours de droit administratif, 5-me ed. § 137.

Dufour, Droit administratif, t. III. § 242.

Duverdy, Transport par chemins de fer.

Eger, Legislation international sur le transport par chemins de fer.

Elvers, Die römische Servitutenlehre, 1856, § 13.

Gerber, System des deutsch. Privatrechts, 1878.

Goldschmidt, Handb. des Handelsrecht, § 64 пр. 3.

Göschen, Vorlesungen über das gem. civilrecht.

Gugo Grotius, De jure belli ac pacis, lib. I, cap. I, § 5—6, lib. II, cap. XIV, § 7—8.

Grünhut, Das Enteignungsrecht, 1873.

Häberlin,, Die Lehre von der Zwangsententeignung, въ Archiv f. d. cig. Praxis, Bd. 39.

Hartmann, Untersuchung über die Obligation, 1875, стр. 53.

v. *Hahn*, Kommentar zum allg. deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. II, 1879.

Heusler, Rechtsgutachten betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Allgemeinen, 1877.

Heusler, Rechtsgutachten in Sachen des Interkantonalen Vorbereitungscomité.

Hilty, Rechtsgutachten betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnconcessionen im Allgemeinen, 1877.

Hodges, Law of railways, 6 edit. 1877.

Iacquemin, Des obligations et de la résponsabilité des compagnies de chemins de fer.

Ihering, Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn, въ Jahrbücher für Dogmatik, Bd. XVIII.

Ihering, Über den Grund des Besitzesschutzes.

Keller, Pandekten, 2-te Aufl. § 48.

Koch, Deutschlands Eisenbahnen, 1860.

Kölnische Zeitung, 1881, № 292 (21 Oct).

Lanckmann, Les tarifs internationaux de chemins de fer, 1878, § 1.

Laband, Die rechtliche Natur des Retracts und der Expropriation, въ Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 52.

Lassale, System der erworbenen Rechte, 2-te Aufl. 1880.

Laucré, La legislation civile, commerciale et criminelle be la France, t. VI. p. 152. t. IV. p. 23.

Laurent, Avant—projet de révision du code civil, 1882.

Laurent, Principes de droit civil, t. VI, § 29—35; t. VII, § 314—16, § 330, 374; t. XXXII, § 299.

Makeldey, Lehrbuch des heut. röm. Rechts § 430.

Meili, Pfand—und Concurs-Recht der Eisenbahnen, 1879.

Meili, die Verpflichtung zum Bau und Betrieb einer Eisenbahn, въ Zeitschrift f. d. gesammte Handelsrecht, Bd. XXIV.

Meyer, das Recht der Expropriation.

Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen, Bd. I. стр. 59.

Mittermayer, v-o Expropriation, въ Rotteck und Welker's Staatslexicon.

Moniteur, 1844, 2-me fevr, 31 mars, 2 avril; 1845, 18 mars; 1854, le 13 nov.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, II, § 384.

Palaa, Dictionnaire législatif et réglementaire des chemins de fer, 2-me ed. 1872.

Pierce, A treatise on the law of railroads, 1881.

Побѣдоносцевъ, Судебное руководство, § 111.

Pothier, De la possession, § 2—5,

Pollanez und Wittek, Sammlung der das österreichische Eisenbahnwesen betreffenden Gesetze, Verordnungen.

Proudhon, Traité du domaine public, t. 3 стр. 147, t. I, стр. 281.

Puchelt, Kommentar zum allg. deutsch. Handelsgesetzbuch, Bd. II, 3-te Aufl. 1879.

Puchta, Lehrbuch der Pandekten. Vorlesungen II, стр. 513.

Renaud, Recht der Actiengesellscshaften, 2 Aufl. стр. 241, пр. 3.

Renaud, Rechtsgutachten in Sachen des Interkantonalen Vorbereitungscomité der Gäubahn, 1877.

Rütimann, In wieweit durch d. Eisenbahn—Concessionen Privatrechte begründet werden, 1870.

Savigny, System des heut. röm. Rechts, Bd. I, стр. 65.

Savigny, Das Recht des Besitzes, 7-te Aufl. § 12, 23—25, 42.

Schlayer, Darstellung der Lehre von den Privilegien, въ Zeitschrift f. Civilrecht und Process p. t. Bd. XII.

Schlossmann, der Vertrag.

Schönemann, die Servituten, eine civilistische Abhandlung, 1866.

Schmidt, Commodat und Precarium.

Shelford, Law of railways, 1869.

Seward Brice, A treatise on the doctrine of ultra vires, 1874. Preface. стр. VII, 36—7.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen, ссылки въ текстѣ.

Solon, Repertoire des juridictions, au mot „Concession".

Sohm, въ Zeitschrift für Privat und öffentliches Recht, Bd. IV, стр. 457—474.

Stephen, New commentaries on the laws of England, 1848, vol. I, стр. 223, 615, 655.

Stein, Zur Eisenbahnrechtsbildung, 1872.

Thibaut, System des Pandektenrechts, § 557.

Thiel, Das Expropriationsrecht und das Expropriationsverfahren.

Thöl, Das Handelsrecht, Bd. III, das Frachtgewerbe.

Toullier, Droit civil. t. III, § 2, 88—146.

Trommer, Das Gotthardbahn - Unternehmen, въ Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft von Schmoller, 1881.

Troplong, Droit civil expliqué, de la prescription, t. I, § 239, 365—6, 468—9, 471—2.

Unger, System des österreichishen Privatrechts, Bd. I, стр. 52.

Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen, Bd. II, стр. 561.

Vangerow, Pandekten, Bd. III, § 691.

Wächter, Handbuch des würthemb. Privatrechts, Bd. II, стр. 17, 22.

Walch, Näherrecht, стр. 233.

Wanner, Geschichte und Begründung des Gotthardunternehmens, 1880.

Wäppaus, Zur Lehre von den dem Verkehr entzogenen Sachen.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, § 365, 373, 321 пр. 3.

ЦѢНА **ТРИ** РУБЛЯ.



